**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Raul Lopes de Araújo Neto

O Conceito Jurídico de Invalidez

DOUTORADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2016**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Raul Lopes de Araújo Neto

O Conceito Jurídico de Invalidez

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração Direito Previdenciário, sob a orientação do Prof. Dr. Daniel Pulino.

SÃO PAULO
2016

BANCA EXAMINADORA

Para Cris, Júlia e Raul.

A elaboração desta tese tornou-se possível graças ao auxílio proveniente do acordo entre a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Piauí (FAPEPI), na forma de bolsa de estudo.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor **Daniel Pulino**, pela dedicação em repartir seus conhecimentos e pela constante disponibilidade.

Aos Professores **Wagner Balera** e **Jonas Deda Gonçalves**, pela troca de impressões e aprendizado.

À minha esposa, **Cristianna**, e filhos, **Júlia** e **Raul**, pela compreensão, pelo amor e apoio durante todo o curso.

Aos meus pais, **Raul** e **Fátima**, pelo amor e incentivo durante toda vida.

Aos meus irmãos, principalmente **Ricardo**, pela atenção e pelo apoio na cidade de São Paulo.

A vocês meu agradecimento.

Um barco parece ser um objeto cujo fim é
navegar; mas o seu fim não é navegar,
senão chegar a um porto.

Bernardo Soares

RESUMO

ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. O conceito jurídico de invalidez. Tese de doutorado (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

Para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), é necessária a ocorrência de um risco social representado por uma incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência do segurado. Apesar de haver a previsão legal do fato gerador da aposentadoria por invalidez, o seu conceito jurídico ainda é impreciso, uma expressão vaga, um conceito cujos termos são indeterminados. Essa imprecisão dá margem a uma mutação semântica, que sofre variações não apenas pela evolução natural do direito, mas em decorrência de critérios extradoença que são utilizados para determinar o que é a invalidez. Atualmente, a jurisprudência pátria vem sobrepondo tais fatores em relação ao laudo médico pericial, propondo uma mudança no conceito semântico da invalidez. Este estudo tem como objetivo apresentar um conceito jurídico de invalidez decorrente da ponderação entre dois elementos: a incapacidade médica – representada pelo laudo médico, e a incapacidade laboral social – representada pelos aspectos individuais, sociais, econômicos e culturais.

Palavras-chave: Regime Geral de Previdência Social. Aposentadoria por Invalidez. Conceito de Invalidez. Laudo Médico. Incapacidade Laboral Social.

ABSTRACT

ARAÚJO NETO, Raul Lopes. The legal concept of invalidity. PhD thesis (Doctor of Law) - Pontifical Catholic University of São Paulo, São Paulo, 2016.

For granting Invalidity retirement benefit under the RGPS is necessary the occurrence of a social risk posed by a failure incapable of rehabilitation for the exercise activity that ensures the survival of the insured. Although there a legal definition of the triggering event of invalidity retirement, its legal concept is still vague, it is a vague expression, a concept whose terms are indeterminate. This uncertainty gives rise to a semantic change, suffering variations not only the natural evolution of the law, but because of criterion off disease criteria that are used to determine what is the invalidity. Currently the country has held overlaying these factors in relation to the expert medical report, proposing a change to the semantic concept of invalidity. This study aims to present a concept of legal invalidity resulting from the balance between two elements: a medical disability, represented by the medical report and social incapacity, represented by the individual, social, economic and cultural.

Keywords: General Administration of Social Security. Retirement Invalidity. Invalidity concept. Medical report. Social Labour Disability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL NA CF/1988	16
1.1 O CONCEITO DE SISTEMA.....	16
1.1.1 O sistema de seguridade social e seus elementos	20
1.1.2 Sistema aberto e sistema fechado	23
1.1.3 Sistema estático e sistema dinâmico	26
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	27
1.2.1 Notas introdutórias	27
1.2.2 Universalidade da cobertura e do atendimento.....	30
1.2.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.....	34
1.2.4 Dignidade da pessoa humana.....	37
1.2.5 Segurança jurídica	46
1.3 A RELAÇÃO JURÍDICA PREVIDENCIÁRIA.....	50
2 OS OBJETIVOS DA ORDEM SOCIAL E O RISCO SOCIAL	57
2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS	57
2.2 OS OBJETIVOS DA ORDEM SOCIAL	58
2.2.1 A Concepção pré-moderna de justiça social.....	58
2.2.2 A Concepção pós-moderna de justiça social	63
2.2.3 A justiça social na Constituição Federal de 1988.....	68
2.3 O RISCO SOCIAL	74
2.3.1 Notas introdutórias	74
2.3.2 Concepção moderna de risco social	75
2.3.3 O risco social na concepção pós-moderna	78
3 OS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS POR INCAPACIDADE NO ÂMBITO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL	84
3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS	84
3.2 AUXÍLIO-DOENÇA.....	86
3.2.1 Contingência Legal - o grau da incapacidade	86
3.2.2 Tipos de Auxílio-Doença	91
3.3 AUXÍLIO-ACIDENTE	92
3.3.1 Objeto de Proteção	92

3.3.2 Duração da Incapacidade	93
3.3.3 Segurados Pré-Habilitados	95
3.4 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ	97
3.4.1 Noções Gerais	97
3.4.2 Requisitos Legais	98
3.4.3 Grande Invalidez	102
3.5 HABILITAÇÃO E REABILITAÇÃO PROFISSIONAL	106
3.5.1 Funções Básicas	106
3.5.2 Requisitos Básicos	107
3.5.3 A influência na Aposentadoria por Invalidez	110
3.6. AMPARO SOCIAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA	117
3.6.1. Espécies de Amparo Assistencial - vínculo constitucional	117
3.6.2 Critério Econômico	118
3.6.3 Critério Médico – evolução legislativa	119
4 A MUTAÇÃO SEMÂNTICA DO CONCEITO DE INVALIDEZ NO RGPS	122
4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS	122
4.2 CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO	124
4.2.1 A mutação semântica	124
4.2.2 A indeterminação do conceito	126
4.3 AS CONCEPÇÕES DOCTRINÁRIAS DE INVALIDEZ	129
4.4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	134
4.4.1 Súmulas da TNU	134
4.4.2 Julgados do STJ	142
4.5 ELEMENTOS FORMADORES DO CONCEITO JURÍDICO DE INVALIDEZ....	143
4.5.1 Laudo médico	143
4.5.2 Incapacidade laboral social	147
CONCLUSÕES	151
REFERÊNCIAS	157

INTRODUÇÃO

Rio Nogueira, ao tecer comentários sobre “o plano mínimo de seguridade” na década de 80, afirmou que “as aposentadorias por invalidez ou velhice, assim como o auxílio-doença são benefícios indeclináveis quer no âmbito da seguridade básica quer no da supletiva”.¹ Segundo dados do Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS) e do Boletim Estatístico de Previdência Social (BEPS)², a assertiva se mantém atual, no que se refere à relevância do benefício de aposentadoria por invalidez no contexto social atual; pois, durante o período de 1995 a 2012, as concessões de aposentadoria por invalidez e demais benefícios de natureza incapacitante da previdência e assistência social vêm crescendo tanto no âmbito administrativo quanto no judicial.

Dentre os benefícios por incapacidade, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a aposentadoria por invalidez representa o que requer, como critério de concessão, o nível mais grave de incapacidade. A previsão legal da aposentadoria por invalidez (artigo 42 da Lei n.º 8.213/91) não é precisa, por isso não existe um conceito objetivo e fechado sobre o que é invalidez, fazendo que a subjetividade desse termo produza insegurança jurídica, pois o judiciário, conforme atual posicionamento, pode considerar tanto os critérios médicos como os aspectos sociais, econômicos e culturais, para determinar a situação de invalidez do segurado.

Nesse trabalho partimos da análise da exigência legal do artigo 42 da Lei n.º 8.213/91, de 24 de julho de 1991, cuja condição para a aposentadoria por invalidez consiste em que o segurado possua incapacidade insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Para tanto, tal fenômeno deve ser abordado de forma sistemática, ponderando-se não somente os critérios

---

¹ NOGUEIRA, RIO. **A crise moral e financeira da previdência social**. São Paulo: Difel, 1985. p. 24.

² DANTAS, Emanuel Araújo; BARBOSA, Edvaldo Duarte; ANSILIERO, Graziela. Evolução recente das aposentadorias por invalidez. **Informe da Previdência Social**. Ministério da Previdência Social. v. 24, n. 12, 2012.

médicos, mas também os aspectos sociais, econômicos e culturais ligados à individualidade e ao contexto social no qual está inserido o segurado.

No decorrer dessa exposição apresentamos o sistema de Seguridade Social, partindo do conceito de “sistema”, para que seja possível identificarmos os elementos que o compõem e os princípios que orientam a Seguridade Social.

Nesse momento, ganha destaque o contato entre o sistema interno de Seguridade Social e o ambiente externo, tornando-se objeto de observação a forma pela qual os aspectos externos (sociais, econômicos e culturais) podem influenciar no direito posto. Os princípios constitucionais da Universalidade da Cobertura e do Atendimento, da Seletividade e Distributividade na Prestação de Serviços e Benefícios, da Dignidade da Pessoa Humana e Segurança Jurídica servirão de veículo condutor para o estabelecimento desse contato.

No segundo capítulo apresentamos a evolução histórica dos objetivos da ordem social e sua relação com os riscos sociais. A análise parte da concepção de justiça distributiva de acordo com a visão de Aristóteles e chega à a dimensão, hoje discutida, baseada na teoria de John Rawls. O estudo divide-se em duas etapas históricas: a pré-moderna, que corresponde ao período até o século XVIII; e a pós-moderna, a partir do século XVIII até os dias atuais.

Na sequência expusemos a evolução dos riscos sociais, assim como a justiça social. Nesse tópico, o tema foi dividido pelo critério temporal em dois subtópicos: o risco social na modernidade e o risco social na pós-modernidade. Nesse tópico, serão demonstrados os fatores responsáveis pela mudança dos riscos sociais ao longo do tempo, destacando seus reflexos na mutação do conceito de invalidez.

No terceiro capítulo demonstramos os benefícios por incapacidade contidos no Plano de Benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Nessa etapa, abordamos cada um dos serviços e benefícios por incapacidade, apresentando, como critério metodológico, uma linha progressiva de incapacidade que representa o principal ponto de distinção entre eles. O foco do capítulo consiste em analisar os

aspectos ligados diretamente ao critério da incapacidade, não sendo relacionados para debate aspectos externos a essa temática.

O estudo dos benefícios por incapacidade ganha importância à medida que o critério técnico incapacitante é utilizado para definir as lesões de natureza leve, grave e gravíssimas que compõem o critério técnico do conceito de invalidez. No entanto, o critério técnico não constitui o único utilizado para definir o conceito de invalidez, os aspectos sociais vêm ganhando força e sendo impulsionados, principalmente, pela jurisprudência.

O objeto central da segunda parte desse estudo reside justamente na análise dos aspectos sociais. Pretendemos, nessa etapa, traçar uma linha evolutiva do conceito de invalidez no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e identificar os fatores individuais, sociais, culturais e econômicos responsáveis pela mutação semântica do conceito de invalidez.

Pelo fato de a invalidez relacionar-se diretamente com a capacidade laboral durante a evolução e a análise dos aspectos sociais, culturais e econômicos, formadores do conceito de invalidez, propusemos a definição de um elemento auxiliador do alcance do conceito de invalidez, ao qual chamamos de Incapacidade Laboral Social.

Pela vagueza do conceito de invalidez, iniciaremos esse tópico com a análise da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, segundo o pensamento de Karl Engisch, e sua distinção das chamadas cláusulas gerais. Na sequência, trataremos a opinião da doutrina sobre o conceito de invalidez e o entendimento jurisprudencial sobre o assunto.

No que se refere ao entendimento jurisprudencial, pela significativa quantidade de julgados sobre a matéria em âmbito federal, faremos uma análise qualitativa de julgados proferidos pela TNU e STJ.

A análise doutrinária e jurisprudencial não será apenas no intuito de relatar as opiniões dos autores e julgadores, mas no de moldar um conceito jurídico de invalidez que, por fim, relevou dois elementos: o primeiro – representado pela incapacidade médica –, relacionado pelo laudo médico especializado; o segundo – representado pela incapacidade laboral social –, relacionado com a incapacidade para as aptidões pessoais do segurado.

1 O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL NA CF/1988

A fim de poder realizar qualquer trabalho, cuja pretensão seja a de definir um conceito jurídico, mostra-se necessário apresentar axiomas que orientem a tarefa de compreender o alcance do conceito de invalidez e demonstrar como ele se insere no sistema jurídico.

A multiplicidade dos aspectos relacionados com o conceito de sistema dificulta a abordagem do tema; e um levantamento dos diversos conceitos, proposições ou concepções de sistemas – como os pincelados e colados neste trabalho –, que não fosse acompanhado de detalhada explicação sobre o pensamento, poderia implicar numa defluência inexpressiva, num amontoado de opiniões incapazes de nos guiar no labirinto do problema. Como não é esta a nossa intenção, a sequência do capítulo se restringe ao conceito e à relação dos elementos que formam o sistema de seguridade social.

1.1 O CONCEITO DE SISTEMA

No caso presente, assim como outras palavras do nosso vocabulário, “sistema” apresenta vícios de ambiguidade, e com isso a doutrina exerce um papel determinante na definição e na alocação dos elementos constitutivos do sistema.

Para Losano, a concepção de sistema parte de duas acepções gerais do termo “sistema”. A primeira delas compreende o sentido técnico e ampliado a todas as ciências. Nesse caso, indica tanto a estrutura³ do objeto estudado (sistema interno) quanto um *corpus* ordenado e coeso dos conhecimentos científicos, filosóficos, jurídicos e assim por diante, tendo sua estrutura com *terminus a quo* (uma vez que dele parte a análise do estudioso). Já o sistema externo equivale ao sistema das proposições científicas que descrevem determinada realidade. Portanto, ela apresenta a mesma estrutura em todas as ciências, estrutura como “*terminus ad quem*” (uma vez que a ele tende a atividade do estudioso).⁴

Na segunda acepção, também chamada de atécnica, o “sistema jurídico” traduz-se em sinônimo de “ordenamento jurídico”, ou seja, indica um conjunto de normas reunidas por um elemento unificador, graças ao qual elas não estão apenas umas ao lado das outras, mas se organizam num ordenamento jurídico.

É nesse sentido que se fala do sistema jurídico brasileiro ou italiano, do sistema jurídico de *civil law* e de *common law*; porém, seria igualmente apropriado falar de ordenamento jurídico brasileiro ou, ainda mais simplesmente, de direito brasileiro, de *civil law*, e assim por diante.⁵

---

³ A estrutura consiste no nexa que une cada elemento constitutivo dos sistemas. É o conjunto das relações entre as coisas, não o conjunto das próprias coisas. Como o nexa entre suas várias partes é puramente lógico, o sistema externo tem uma estrutura lógica. O sistema interno, ao contrário, possui uma estrutura específica, ou seja, característica da matéria a que ele se refere. Em síntese, todas as ciências ou disciplinas têm a mesma estrutura, ao passo que todas as matérias, objeto de uma ciência, abrigam estruturas diferentes. Por exemplo, as ciências do direito ou das plantas – a jurisprudência e a botânica – expõem seus objetos segundo a mesma ordem lógica, que é dando-lhes um sistema externo. Ao contrário, um direito positivo ou uma classe de plantas têm uma estrutura – um sistema interno – diverso. (LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito: das origens a escola histórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1. p. 217).

⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito: das origens a escola histórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1. p. 249-250.

⁵ LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito: das origens a escola histórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1. p. XIX-XX.

No tocante a esse assunto, Paulo de Barros Carvalho opina:

Não são poucos os autores que insistem na distinção entre ordenamento e sistema, tendo em vista o direito positivo. Os enunciados prescritivos, assim que postos em circulação, como conjunto de decisões emanadas das fontes de produção do direito, formariam matéria bruta a ser ordenada pelo cientista à custa de ingentes esforços de interpretação e organização das unidades normativas em escalões hierárquicos, até atingir o nível apurado de sistema, entidade que apareceria como resultado desse intenso labor estruturante, sem contradições, isento de ambiguidades e pronto para ser compreendido pelo destinatário. O ordenamento seria o texto bruto, tal como meditado pelos órgãos competentes e tomado na multiplicidade das decisões concretas em que se manifesta a autoridade de quem legisla. Melhor: seria o conjunto ou a totalidade das mensagens legisladas, que integrariam um domínio heterogêneo, uma vez que produzidas em tempos diversos e em diferentes condições de aparecimento.⁶

Desta forma o direito positivo não alcançaria o *status* de sistema, reservando-se o termo para designar a contribuição do cientista, a atividade do jurista, que pacientemente compõe as partes e outorga ao conjunto o sentido superior de um todo organizado. Ordenamento e direito positivo de um lado, sistema e Ciência do Direito de outro, seriam binômios paralelos no qual os dois últimos termos implicam no primeiro.⁷

Lourival Vilanova também aponta a existência de dois sistemas: um, cognoscitivo; outro, prescritivo. Separáveis por um corte abstrato no dado-da-experiência, o sistema da Ciência do Direito incorpora-se ou insere-se no próprio Direito, como fonte material sua. O conhecimento dogmático é um sistema sobre outro sistema, não coordenado mas supra-ordenado: nesse aspecto, é um metassistema.

---

⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 216-217.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 217.

Mas, como temos visto, não toma em conta, na linguagem do Direito positivo, a sua estrutura formal ou sintática, o abstrato formal, isolável tematicamente pela reflexão lógica ou pela abstração ideatória que incide no logo (a formalização). Se o fizesse, resvalaria para o nível lógico, sendo, então, metassistema formalizado. Tampouco, a Ciência do Direito exprime um sistema de conhecimentos sobre o sistema de Direito positivo meramente reprodutivo dos conteúdos normativos das proposições constituintes desse sistema-objeto.⁸

Consoante Norberto Bobbio,⁹ o termo sistema possui três significados. O sistema dedutivo, que somente considera ordenamento jurídico como sistema se as normas que o compõem forem deduzíveis de alguns princípios gerais. Historicamente, esse método reside naquele proposto pelos jusnaturalistas racionalistas, que se referiam à geometria euclidiana e às regras da lógica. Uma acepção comprometedora do termo, anota Bobbio, que conduz à tentativa de elaborar um sistema jurídico *more geometricum demonstratum*, como propunha Leibniz.¹⁰

O segundo se apresenta como uma construção diversa da anterior, em que aquele termo indica um ordenamento da matéria, realizado com procedimento indutivo, ou seja, partindo do conteúdo de cada norma com a finalidade de construir conceitos cada vez mais gerais e classificações ou participações de toda a matéria. Ele procede reunindo os dados fornecidos pela experiência com base em semelhanças, para formar conceitos cada vez mais gerais até chegar aos conceitos generalíssimos que permitam unificar todo o material dado.

---

⁸ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 171.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

¹⁰ LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito: das origens a escola histórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1. p. 217.

O terceiro modelo parte da ideia de que o sistema equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Hoje, esse mesmo princípio é chamado de princípio da coerência de um sistema jurídico: as normas do mesmo ordenamento não podem se contradizer. Entre as normas de um ordenamento existe um nexo que é menos estreito do que o nexo criado pela dedução lógica própria do sistema na primeira das acepções.

Bobbio pondera a terceira concepção, pois, mesmo afirmando que as normas devam ser compatíveis, não quer dizer que elas impliquem umas com as outras, ou seja, que constituam um sistema dedutivo perfeito.

A relação das normas no sistema interno bem como a interação destas com elementos externos serão estudadas no tópico seguinte.

1.1.1 O sistema de seguridade social e seus elementos

Considerando que o sistema jurídico é uma totalidade construída, composta de várias peças ou elementos ligados por um referencial comum,¹¹ para sua caracterização não basta que seus elementos apresentem características conciliatórias. Torna-se necessária a existência de um referencial comum. Um referencial que represente um ponto de convergência dos elementos do sistema, funcionando como uma espécie de farol a guiar os componentes estruturais do sistema ou até mesmo como uma cola que garanta a unicidade e a coerência, como defendido por Bobbio.¹²

---

¹¹ Wagner BALERA destaca que “ O Sistema Nacional de Seguridade Social surge aos nossos olhos como conjunto normativo integrado por sem número de preceitos de diferente hierarquia e configuração” (BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p.11 - 12)

¹² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011. p. 79 - 82.

No Direito, o conceito de sistema está associado ao de totalidade jurídica. No conceito de sistema consta também – implícita – a noção de limite, surgindo portanto a necessidade de se precisar o que pertence ao seu âmbito.¹³

Aurora Tomazini de Carvalho defende que os sistemas existem independentemente de seus elementos se contradizerem ou não. É claro que toda forma estrutural pressupõe um mínimo de harmonia que torna possível a relação entre seus termos, porém tal harmonia não precisa ser absoluta, de modo a não se admitir a presença de conflitos. Mesmo porque, para que duas proposições sejam consideradas contraditórias precisa-se que entre elas se estabeleça uma relação e que tenham como base um referencial comum,¹⁴ isto é, que pertençam ao mesmo sistema. Caso contrário, não há contradição.¹⁵

No campo da Ordem Social, a “busca pelo bem-estar e por justiça social” representa o referencial comum que une todos elementos do sistema. Aqui o que importa é que os elementos estejam organizados de forma sistemática e que, independentemente da existência de uma harmonização entre si, subsista uma estrita relação com um objetivo superior, e que este, sim, se sobreponha a todos os elementos e represente o objetivo maior do sistema.

Sobre o assunto, Almansa Pastor ensina:

Se entendermos por sistema o conjunto de matérias vinculadas reciprocamente entre si e ordenado por e para um determinado objetivo, e se as matérias aludidas estão integradas por relações jurídicas, podemos entender o sistema protetivo ou de seguridade social com sistema jurídico.¹⁶

---

¹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Concepção de sistema jurídico no pensamento de Emil Lask**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/107>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

¹⁴ Reforça essa teoria o pensamento de Paulo de Barros Carvalho ao afirmar que “As normas jurídicas formam um sistema, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador”. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2013. p. 218).

¹⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito - o construtivismo lógico-semântico**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2014. p. 128-130.

¹⁶ Tradução nossa. PASTOR, José Manuel Almansa. **Derecho de la Seguridad Social**. 7.ed. Madrid: Tecnos, 1991. p. 111. No original: Si entendemos por sistema el conjunto de materias vinculadas

Nesse trabalho pretendemos delimitar o conceito de invalidez através da criação do termo definido como “incapacidade laboral social”. No entanto, exige-se para a inclusão desse novo elemento a estrita relação com os objetivos da Ordem Social: o bem-estar e a justiça social, não havendo necessidade de plena consonância harmônica com os demais elementos.

Os elementos do sistema não servem para barrar um novo elemento. Ao contrário, podem servir como porta de entrada a um novo elemento – uma espécie de canal para o ingresso de novos elementos e relações no sistema de seguridade social.¹⁷

Sistema remete à ideia de organização, de ordem. Não obstante, trata-se o ordenamento jurídico frequentemente como sinônimo de sistema de jurídico. Contudo, é necessário um princípio atrator que traga ordem aos elementos, estabelecendo estruturas para que os eles se interrelacionem. Quem melhor desempenha essa função são os princípios constitucionais da seguridade social, relação a ser analisada em tópico específico.¹⁸

---

reciprocamente entre sí y ordenado por y para un determinado objetivo, y si las materias aludidas están integradas por relaciones jurídicas, podemos concebir el ordenamiento de previsión o de seguridad social como sistema jurídico.

¹⁷ Lourival Vilanova afirma que nos sistemas são encontrados elementos e relações. Por esse prisma, as relações não são elementos do sistema, fixam, antes, sua forma de composição interior, sua modalidade de ser estrutura. (VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 175).

¹⁸ CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico**: direito, economia, tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 41.

1.1.2 Sistema aberto e sistema fechado

Para o ingresso de um novo elemento ou uma nova relação no sistema é necessário que tenhamos a concepção de um sistema de seguridade social aberto e com mobilidade. Com relação à abertura do sistema, Claus-Wilhelm Canaris alerta que a definição entre sistemas aberto e fechado se apresenta na literatura com utilizações linguísticas diferentes.

Numa delas, a oposição entre sistema aberto e fechado é identificada pela diferença entre uma ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência e uma ordem dominada pela ideia de codificação. Nesse sentido, o sistema de Direito brasileiro deve ser considerado, por sua estrutura, como fechado. Na outra, entende-se por abertura a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema; nesse sentido, o sistema de nossa ordem jurídica pode se caracterizar como aberto.¹⁹

Optamos pela segunda acepção do termo: aberto no sentido de modificação permissiva, um sistema que permita sua evolução pela troca de informações com o ambiente externo, considerado assim um sistema autopoietico na definição de Luhmann.²⁰

A incapacidade laboral social representa a pedra angular do conceito de invalidez previdenciária e atua de forma complementar ao direito positivo; seu alcance é fruto da comunicação de elementos externos com os princípios da Universalidade da Cobertura e do Atendimento, da Segurança Jurídica, da Seletividade e Distributividade na prestação de benefícios e serviços, da Dignidade

---

¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 103-104.

²⁰ Luhmann e Teubner afirmam categoricamente a autopoiese do sistema jurídico. O necessário para que um sistema seja autopoietico é que este seja aberto cognitivamente, aberto às mensagens do ambiente, e conseqüentemente possuidor da capacidade de se auto-produzir e se auto-regular. (Cf. LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009).

da Pessoa Humana e com o conceito de justiça social e do risco social na sociedade pós-moderna.

Na teoria de Canaris ainda podemos encontrar a fundamentação para as alterações no sistema jurídico. Para isso, distinguimos a abertura do sistema científico, relacionada às proposições doutrinárias, e a abertura do sistema objetivo, relacionada à ideia de codificação.

Nesse trabalho propomos apresentar uma contribuição para o sistema científico que possa trazer uma mudança no sistema objetivo através de uma nova concepção doutrinária sobre o conceito de invalidez.

Sobre o tema, explica Claus-Wilhelm Canaris:

Sob esse prisma, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado para o alargar ou modificar, com base numa melhor consideração. Cada sistema científico é, assim, um projeto de sistema que, apenas exprime um estado dos conhecimentos do seu tempo.²¹

Entretanto, mostra-se necessário saber sob que condições são possíveis modificações no sistema científico e objetivo, até porque é totalmente possível a influência das modificações de um sistema no outro.

A *prima facie* pode-se interpretar que o sistema científico se modifica quando tenham sido obtidos novos ou mais exatos conhecimentos do Direito vigente ou quando o sistema objetivo, ao qual o científico tem de corresponder, se tenha alterado. Assim, o sistema científico modifica-se quando os valores fundamentais constitutivos do Direito vigente se alteram. Em consequência, o sistema científico estaria em estreita dependência do objetivo devendo mudar-se sempre com este, enquanto o sistema objetivo, por seu lado, não seria influenciado por modificações dentro do científico.

---

²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 106.

Não nos parece correta tal suposição. A influência modificativa objetiva pode decorrer de uma modificação científica e vice-versa. É de se reconhecer que a influência das mudanças no sistema objetivo sobre o sistema científico mostra-se mais comum. Quando o legislativo muda o sistema positivo acaba por irradiar seus efeitos nos trabalhos científicos, configurando-se num novo paradigma para o desenvolvimento de estudos e teses.

Por outro lado, as mudanças científicas irradiam seus efeitos de forma mais lenta, e acabam por atingir, primeiramente, o elemento da jurisprudência que, via de consequência, pode irradiar seus efeitos para o Direito codificado ou até mesmo o avanço científico e da sociedade pode gerar a perda da validade normativo pelo desuso. Não é raro que teses científicas ou pareceres consigam orientar uma mudança legislativa, claro que os efeitos dessas mudanças são paulatinos.

Em resumo, as modificações do sistema objetivo reportam-se, no essencial, a modificações legislativas, a novas formações consuetudinárias e a concretização de normas carecidas de preenchimento com valorações. As modificações do sistema científico, às quais nos propomos, resultam dos progressos do conhecimento dos valores fundamentais do direito vigente e traduzem, por outro lado, a execução de modificações do sistema objetivo. As modificações do primeiro seguem, fundamentalmente, as alterações do último. Os sistemas objetivo e científico estão também ligados na dialética geral entre o Direito objetivo em vigor e a sua aplicação.²²

Essa dialética proposta por Canaris representa o fundamento da proposta desse trabalho, no que diz respeito à alocação da incapacidade laboral social e do conceito de invalidez no sistema de seguridade social. Não pretendemos entrar em choque com sistema objetivo vigente. Todavia, a influência da incapacidade laboral social na definição da invalidez mostra-se um elemento novo cuja finalidade expressa-se em complementar a imprecisão legislativa sobre o assunto.

---

²² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 126.

1.1.3 Sistema estático e sistema dinâmico

A expressão “mobilidade” do sistema utilizada na teoria de Canaris, não se confunde com sua abertura. É certo que a palavra mobilidade pode significar modificabilidade, mas essa utilização linguística não se mostra a mais adequada para caracterizar a mobilidade de um sistema. Para essa distinção, Canaris se utiliza da teoria de Walter Wilburg sobre sistemas móveis.²³

A comunicabilidade com o ambiente externo é o ponto de distinção entre os regimes dinâmico e estático. Há sistemas nos quais existe uma constante interação com o seu ambiente, preservando sua ordem interna, enviando e recebendo informações constantemente. Por outro lado, existem sistemas que atuam de forma mais passiva, não possuindo qualquer adaptação com o ambiente. Aos primeiros, denominamos sistemas dinâmicos; aos últimos, sistemas estáticos.

A autorregulação e a autoprodução são características próprias dos sistemas dinâmicos, o que não ocorre com os sistemas fechados. Nos sistemas fechados, em caso de mudança de seu ambiente externo, ele não pode contornar as adversidades e pode correr o risco de se extinguir.

O sistema de seguridade social deve observar, com certa proximidade, as mudanças sociais para poder corresponder às expectativas daqueles a quem o sistema visa proteger. Não se pode conceber um sistema de seguridade na forma hermética, sob pena de o tempo distanciar sua aplicação diante da realidade na qual se insere ou até mesmo ser substituído por um novo sistema.

---

²³ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

É importante esclarecer que os termos dinâmico e estático utilizados para a classificação dos sistemas também podem assumir outra conotação no campo jurídico. Referindo-se não de sistema, mas de análise, a dinâmica e a estática são apresentadas por Kelsen²⁴ de outra forma. A análise dinâmica observará o direito na sua incessante autorregulamentação e autoprodução. A análise estática será como uma fotografia do sistema jurídico num determinado momento, tomando a sua estrutura e os seus elementos da maneira em que se apresentam.

A mutação semântica do conceito de invalidez decorre de uma constante troca de informações com o ambiente externo. Internamente existe uma disposição legal imprecisa²⁵ que carece de constante interação com agentes externos para que seja capaz de delimitar o seu alcance; os acontecimentos sociais, políticos e culturais são indispensáveis na definição da incapacidade laboral social e conseqüentemente na delimitação do termo invalidez.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1.2.1 Notas introdutórias

Partindo da premissa de que a constituição rege o sistema, a leitura, portanto, deve ser a partir da Constituição, e não a partir dos atos normativos infraconstitucionais ou mesmo dos atos administrativos que, aparentemente, possuem efeitos normativos.²⁶

---

²⁴ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

²⁵ Lei 8.213/92. **Art. 42**. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

²⁶ CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. Interpretação do direito da segurança social. In: ROCHA, Daniel Machado; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves (Coord). **Curso de especialização em direito previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, p. 249-268. v. 1. 2006. p. 252.

Seguindo as palavras de Marcos Orione, “o que funda, o que informa o sistema são os princípios”,²⁷ o artigo 194, parágrafo único, da Constituição Federal aduz que compete ao poder público organizar a seguridade social com base em alguns objetivos:

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

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Os objetivos aqui elencados são estudados pela doutrina como princípios.²⁸ A doutrina diverge na enumeração dos princípios da seguridade social e é comum encontrar outros princípios além dos listados pelo citado artigo constitucional.

---

²⁷ Para Marcos Orione, a melhor compreensão do princípio é que esses são os elementos conformadores de uma unidade político-constitucional. A ideia é que, a partir dos princípios, do diálogo dos princípios, construa-se um sistema constitucional que irá subjugar todo o sistema infraconstitucional. Portanto, há de se apreender ou depreender do sistema normativo constitucional quais os princípios que lhe são informadores. CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. Interpretação do direito da segurança social. In: ROCHA, Daniel Machado; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves (Coord). 1. ed. **Curso de especialização em direito previdenciário**. Curitiba: Juruá, p. 249-268, 2006. v. 1. p. 255.

²⁸ Não é pretensão desse trabalho evoluir na distinção entre regras e princípios, porém cabe destacar, que corroboramos com a visão de Wagner Balera que analisa como princípio apenas aqueles apontados pela carta magna, adicionando ao rol destes algumas regras (contrapartida e a anterioridade mitigada) também importantes para a estrutura da seguridade social. Não queremos dizer com isso que o que está fora do art. 194 seja considerado regra, outros princípios

Daniel Pulino prefere chamar de princípios explícitos aqueles listados pelo texto constitucional, não fazendo menção à categoria dos não relacionados, restando, portanto, àqueles não citados no artigo 194 da Constituição Federal, a categoria de princípios implícitos ou até mesmo regras.²⁹

Este não representa um trabalho sobre os princípios constitucionais da Seguridade Social. Contudo, para que possamos analisar a amplitude do conceito de invalidez para o direito previdenciário tornou-se necessário estudarmos o alcance de algumas dessas bases fundamentais do sistema de seguridade.³⁰

Para não desvirtuar o tema proposto, não será necessário discorrermos sobre cada um dos princípios listados no artigo 194 da Constituição Federal. No entanto, escolhemos alguns deles para serem apresentados neste primeiro momento, por guardarem estrita relação com o tema e, posteriormente, serem alinhados à evolução do conceito de invalidez num capítulo específico.

Os princípios escolhidos foram: universalidade da cobertura e do atendimento; distributividade na prestação dos benefícios e serviços; dignidade da pessoa humana; segurança jurídica.

Os dois primeiros são princípios listados no artigo 194 como objetivos da seguridade social, já os dois últimos são considerados princípios gerais do direito³¹ que se aplicam não somente à Seguridade Social, mas a todo o ordenamento jurídico.

---

constitucionais podem servir de base para a seguridade social, estes são princípios fundamentais do Estado democrático de direito, como é caso da dignidade da pessoa humana que será aqui estudado.

²⁹ Cf. PULINO, Daniel. **Previdência Complementar**: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas. 1. ed. São Paulo: Conceito, 2011. p. 27.

³⁰ Como define Wagner Balera “Os princípios fazem parte da estrutura em que se assenta o edifício da seguridade social.” (BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 43).

³¹ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

1.2.2 Universalidade da cobertura e do atendimento

O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento remonta à formação da Seguridade Social brasileira. A concepção da seguridade social no Brasil está intimamente relacionada a dois modelos de proteção social: o alemão (1883) e o inglês (1942).

Segundo Celso Barroso Leite, a proteção social “é um conjunto das medidas que, tendo a frente a previdência social, permitem à sociedade atender a certas necessidades essenciais dos indivíduos que a compõe – isto é, de cada um de nós”.³²

A proteção social se preocupa sobretudo com os problemas individuais de natureza social, assim entendidos aqueles que, não solucionados, possuem reflexos diretos sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre a sociedade. A sociedade, então, por intermédio do Estado, se antecipa a esses problemas, adotando medidas de proteção social a fim de resolvê-los.³³

O modelo alemão de proteção social de Otto Von Bismark possuía como pressuposto a contributividade, ou seja, a necessária prévia contribuição para que fosse possível receber a proteção do manto securitário. Já o segundo modelo, o inglês, baseava-se na proteção universal, com a participação efetiva do Estado em qualquer situação que configurasse contingência social.³⁴ Esse sistema tinha como custeio o financiamento indireto (via orçamento).

---

³² LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1978. p. 21.

³³ LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1978. p. 22.

³⁴ Miguel HORVATH JR. esclarece que esse modelo de proteção social lança suas raízes mais remotas na política do presidente Roosevelt, que implementa a política do *New Deal* fulcrado na filosofia do *Welfare State*. Tanto que, em 1935, os Estados Unidos criam a sua seguridade social (Social Security Act). Este modelo de proteção social vai ganhar novo alento e obter difusão mundial a partir do modelo de proteção social desenvolvido pelo inglês William Henry Beveridge, ex-integrante do parlamento inglês, diretor da Escola de Economia de Londres e doutor em economia pela Universidade de Oxford. (HORVATH JR. Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 111- 115).

O princípio da universalidade no direito brasileiro³⁵ envolve um pouco dos dois modelos, no que se refere ao modelo alemão (Otto Von Bismark) a seguridade social, mais especificamente a previdência social, deve ser contributiva, ou seja, o segurado deve, obrigatoriamente, ter de verter contribuições para o sistema securitário a fim de que possa receber qualquer benefício previdenciário.³⁶

Com relação à influência inglesa, a saúde e a assistência social foram os mais influenciados, pois não exigem prévias contribuições e são oferecidas a quem delas necessitar.³⁷

A Seguridade Social está fundada na solidariedade e na universalidade. É a união solidária entre todos os indivíduos para enfrentar os riscos gerados pela própria sociedade moderna. A proposta da Seguridade Social reside na associação entre todos, de modo a que sejam minimizados os riscos sociais.³⁸ Quando todos contribuem de maneira solidária, torna-se possível a cobertura de um maior número de riscos sociais, diminuindo as quotas de participação, gerando-se, por conseguinte, maior inclusão no sistema de Seguridade Social.³⁹

---

³⁵ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento.

³⁶ O custeio da seguridade social é feito na forma do “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar”.

³⁷ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social [...]

³⁸ Jean-Jacques Dupeyroux destaca que os sistemas de seguridade social se destinam a proteger os indivíduos contra os riscos sociais, protegendo assim a sua segurança econômica. (DUPEYROUX, Jean-Jacques. **Droit de la sécurité sociale**. 8. ed. Paris: Dalloz, 1997).

³⁹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. **O bem-estar social e o direito de patentes na seguridade social**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 80.

Na Constituição Federal de 1988 foi deliberado o intento do constituinte, ao colocar a universalidade como o primeiro dos objetivos da seguridade social. Refere-se a um princípio informador, do qual derivam todos os demais objetivos insculpidos na Constituição. Na universalidade não existem barreiras para que a proteção social seja concedida a quem quer que dela venha necessitar.⁴⁰

A universalidade possui duas vias, uma objetiva e outra subjetiva.⁴¹ Essas vias apontam para o duplo alcance do princípio, a cobertura e o atendimento.

Sobre o tema, ensina Daniel Pulino:

A objetiva refere-se, na dicção constitucional, à cobertura, aos objetos a cobrir, vale dizer, às situações de necessidade social que estarão aptas a desencadear as prestações por meio das quais o sistema de seguridade atua de modo específico para garantir proteção aos membros do corpo social. Devem, assim, estar cobertas pela seguridade social todas as situações de necessidade social.

A universalidade subjetiva, por sua vez, refere-se ao atendimento, aos destinatários, às pessoas que serão protegidas pelas prestações de sistema, que hão de alcançar, assim, todos os cidadãos, os que trabalham e os que não trabalham, os que contribuem financeiramente para o custeio do sistema e os que não contribuem.⁴²

Wagner Balera destaca a importância da universalidade como princípio condutor e garantidor de que a seguridade social se ajustará aos objetivos da justiça e do bem-estar que tanto almeja o Estado na Ordem Social.⁴³

---

⁴⁰ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 107.

⁴¹ Sobre essa classificação, Almansa Pastor define a universalidade “subjetiva” como aquela que se estende a todos, aos que exercem ou não atividade remunerada, enquanto que a “objetiva” se inclina a reparar todas as consequências que produzissem necessidades sociais, ainda que não previstas, abrangendo ainda necessidades morais e espirituais. (Cf. PASTOR, José Manuel Almansa. **Derecho de la Seguridad Social**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1991).

⁴² PULINO, Daniel. **Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas**. 1. ed. São Paulo: Conceito, 2011. p. 28.

⁴³ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 107.

Tendo por base o caráter objetivo da universalidade da cobertura, a análise das situações de necessidade social apresenta-se como a pedra de toque para a adequação da incapacidade social laboral ao sistema de seguridade social.

Enquanto a invalidez proposta no direito positivo não define os critérios exatos para a identificação da necessidade social sobre a percepção do benefício de aposentadoria, a universalidade permite a comunicação de elementos do sistema com fatores externos como desemprego, escolaridade, idade e fatores estigmatizantes, para delimitar o alcance do conceito de invalidez. Trata-se do amparo principiológico na ponderação de fatores externos e critérios médicos para definir se o segurado é ou não incapaz para o “exercício de atividade que lhe garanta a subsistência”.

Nesse nosso estudo, a universalidade se apresenta como o princípio condutor para a comunicação dos elementos externos ao sistema de seguridade social. Desse contato se extrai a força motriz da universalidade: atender todas as situações de necessidade social.

Não podemos esquecer que essa abertura também possui limites, o contato com critérios extramédicos necessita de parâmetros que evitem uma deturpação da função social do benefício de aposentadoria. É imprescindível que essa relação com o exterior faça parte do sistema. Portanto, faz-se necessária a manutenção do critério médico, podendo ser até ser flexibilizado, mas nunca eliminada a sua ponderação na concessão do benefício por invalidez.

1.2.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

Assim como a universalidade, a seletividade também possui dois vieses: a seletividade e a distributividade, que se irradiam aos benefícios e serviços da seguridade social.⁴⁴

O mesmo dispositivo constitucional da seletividade aponta a distributividade das prestações e direciona-se para que, no bojo da previdência social, por meio da elaboração do Plano de Benefícios, sejam concebidos direitos em maior número e qualidade a favor dos mais necessitados.⁴⁵

No campo da previdência social a seletividade é a responsável por escolher quais os riscos sociais deverão ser amparados pela previdência social. Essas situações estão previamente definidas no artigo 201 da Constituição Federal:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

---

⁴⁴ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

⁴⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 175.

As situações previstas no texto constitucional contemplam a doença, a invalidez, a morte, a idade avançada, a maternidade, os desdobramentos dos segurados de baixa renda e os casos de acidentes de trabalho.

A Seletividade é instrumental a serviço do bem-estar e da justiça social e situa-se no estágio de elaboração legislativa, orientando a intenção normativa que se expressa nas finalidades a serem atingidas, cabendo ao legislador definir os benefícios e serviços cuja prestação propicie melhores condições de vida.⁴⁶

As exigências do bem comum que o ideal da justiça distributiva evoca não serão atendidas pela mecânica e automática partilha do rol de prestações em partes iguais. A distributividade permite que o legislador consiga destinar as melhores prestações àqueles que demonstrarem maiores necessidades.

Na classificação de José Afonso da Silva, a seletividade e distributividade é considerada uma norma programática,⁴⁷ pois estabelece apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, embora requeira uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados.⁴⁸ Dessa forma, muitas dessas normas inserem-se em princípios, sintetizando programas e linhas de pensamento político, a fim de que o legislador ordinário se encarregue de prover meios que as tornem uma realidade.

Trata-se de opção legislativa de natureza política pendente da investigação das necessidades reais da comunidade e das possibilidades financeiras da

---

⁴⁶ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 109.

⁴⁷ Segundo Celso Ribeiro Bastos, as normas constitucionais podem ser divididas em normas preceptivas e normas programáticas. “As primeiras são as que podem produzir seus efeitos de imediato, ou, pelo menos, não ficam na dependência de condições institucionais ou de fato. Reversamente, as normas programáticas são as que não reúnem condições de uma integral aplicação de imediato. Voltam-se a transformações não só da ordem jurídica, mas também das estruturas sociais e da própria realidade constitucional. Costuma ficar ao alcance do legislador o exercício de um verdadeiro poder discricionário quanto à possibilidade de as concretizar. Outrossim, exerce uma influência recíproca, por exemplo, na medida em que, mesmo sem condições de ser imediatamente aplicada, a norma programática já reúne requisitos para, por si só, funcionar como critério de interpretação de outras normas preceptivas”. (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 58).

⁴⁸ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

respectiva implementação. Podemos dizer que estamos diante do binômio necessidade-possibilidade, cabendo a seleção ao legislador, destinatário da norma.

49

Segundo Wagner Balera, a distributividade, além de ampliar os critérios para a percepção dos benefícios, atinge outra pretensão constitucional que a própria distribuição de renda:

[...] a distributividade é o vetor que reduz o campo de manobras do legislador, em ordem a exigir que prestações a serem criadas na continuidade do programa constitucional, cumpram o valor constitucional da redução das desigualdades sociais.⁵⁰

Segundo Paul Durand, a política e a seguridade social apresentam-se com o objetivo de realizar uma transferência de rendas. Na seguridade social, a transferência opera-se dos indivíduos ou dos grupos sociais favorecidos pela sua origem, fortuna, ou êxito material, para os que se encontram em estado de necessidade. “A política de Seguridade Social quer, sem dúvida, indenizar as vítimas dos riscos, mas se propõe a remediar as desigualdades entre os indivíduos e as classes sociais”.⁵¹

Por força desse princípio, o Estado providenciará a cobertura dos riscos e o atendimento dos indivíduos na medida especificada pelo legislador. À seletividade se prendem as tarefas de identificação das contingências e das hipóteses de vulnerabilidade social, que devem ser compreendidas no campo da Seguridade Social (seletividade horizontal) e de atribuição do nível de sua ação protetora (seletividade vertical).⁵²

⁴⁹BALERA, Wagner; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu. **Salário-Família no direito previdenciário brasileiro**. São Paulo: Ltr, 2007. p. 41-42.

⁵⁰ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 35.

⁵¹ DURAND, Paul. A política de Seguridade Social e a evolução da sociedade contemporânea. In: BALERA, Wagner (Coord). **Revista de Direito Social**. Ano 4, out./dez. n. 16, Porto Alegre: Notadez, 2004, p. 146.

⁵² SAVARIS, José Antonio. Traços do sistema constitucional de seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antonio (Coord). **Curso de especialização em direito previdenciário**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1. p. 143.

No intuito de cumprir com as desigualdades sociais o legislador escolheu a invalidez como evento de sua cobertura, no entanto, não forneceu elementos necessários para sua precisão.

Diante de tal problemática, o viés da distributividade presente no princípio estudado, produz seus efeitos quando se permite que concebam-se direitos em maior número e qualidade a favor dos mais necessitados. Esse alargamento, assim como no princípio da universalidade, não pode ser ilimitado a ponto de modificar os elementos de sustentação da seguridade social.

O caráter distributivo permite a ampliação do critério de invalidez clássico, assim entendido aquele que se utiliza, de forma absoluta, do laudo médico como elemento determinante da invalidez. Por esse modelo, os portadores de capacidade laboral residual não terão direito ao benefício de aposentadoria por invalidez, deixando fora do grupo de beneficiários aqueles atingidos por fatores externos como: renda, idade, escolaridade, fatores estigmatizantes e outros. A distributividade possui o condão de aproximar esses mais necessitados à percepção do benefício.

1.2.4 Dignidade da pessoa humana

Paira sobre o princípio da dignidade humana uma legenda vaga, imprecisa, que dá margem a manipulações do seu conteúdo, que podem variar desde concepções autoritárias a preceitos religiosos. É certo que um tema abstrato e amplo pode ser facilmente utilizado em qualquer situação. De fato, isso é o que corriqueiramente acontece com a dignidade humana, uma espécie de princípio pleno que em tudo se adequa.

É bem verdade que não podemos exigir grande objetividade de um princípio, pois é característica intrínseca destas espécies a forma generalista, contudo, não significa que ele não seja capaz de permear o cerne de um problema e, de forma decisiva, fazer valer o seu conteúdo.

Aqui o que se pretende é garantir um valor, mesmo que mínimo, para a dignidade e que ela possa ser compreendida no contexto da Ordem Social e principalmente da previdência social.

Luís Roberto Barroso aponta que a dignidade humana tem seu berço secular na filosofia, por meio de pensadores inovadores como Cícero, Pico della Mirandola e Immanuel Kant que construíram ideias como antropocentrismo, o valor intrínseco de cada pessoa, e a capacidade individual de ter acesso à razão, de fazer escolhas morais e determinar seu próprio destino.

Tendo suas raízes na ética, na filosofia moral, a dignidade humana é, em primeiro lugar um valor que, na visão de Robert Alexy, representa um conceito vinculado ao bem e à conduta correta.⁵³

O princípio da dignidade humana possui um papel importantíssimo em todo o ordenamento jurídico por ser considerado um fundamento do Estado Democrático de Direito, como garante a o artigo 1º, III da Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

Aproximando-se do tema proposto, a preocupação da Ordem Social brasileira com o indivíduo possui sua gênese pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, que irradia preceitos fundamentais a todo ser humano.

Estudos de Fábio Konder Comparato apontam:

[...] que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e

---

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional brasileiro: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 61.

não um preço, como as coisas.⁵⁴

Ingo Sarlet também propôs uma definição jurídica para a dignidade da pessoa humana que serviu de amparo para construção da ordem social brasileira:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁵⁵

A dignidade da pessoa humana serviu para a organização da Previdência Social. E, visando garantir as condições mínimas para uma vida saudável aos segurados, o Estado criou o plano de benefícios da previdência social.⁵⁶

Sem antecipar o tópico específico sobre a evolução do conceito de invalidez no direito previdenciário, a dignidade da pessoa humana manifesta um princípio determinante na mutação desse conceito. Observamos tal afirmação no recente entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO VOLUNTÁRIA DO INSS - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - ACIDENTE DE TRABALHO - INCAPACIDADE PARA EXERCÍCIO DA ATIVIDADE LABORATIVA REALIZADA - LAUDO PERICIAL - CONSIDERAÇÃO DOS ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS, PROFISSIONAIS E CULTURAIS DO SEGURADO - BENEFÍCIO DEVIDO - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA - SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE- RECURSO VOLUNTÁRIO JULGADO PREJUDICADO.- O benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez deve ser pago quando, em razão de acidente de trabalho, o segurado se tornou totalmente incapacitado para a realização do trabalho que antes realizava e que

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 20.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

⁵⁶ ARAUJO NETO, Raul Lopes de. **Tributação e previdência complementar: o papel do imposto de renda na geração de poupança interna**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 23.

lhe garantia a subsistência. Quanto à incapacidade para o trabalho, segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, deve-se considerar, na hipótese de o laudo pericial apenas ter concluído pela incapacidade parcial - e não total - do segurado para qualquer trabalho, como no caso, além dos elementos previstos no art. 42 da Lei n.º 8.213/91, os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado, aspectos que podem levar a sua rejeição no mercado de trabalho. Não sendo razoável o entendimento segundo o qual há possibilidade de o apelado se inserir facilmente no mercado de trabalho formal, e considerando-se, ainda, suas condições pessoais e sociais, como sua idade, sua pouca instrução ou qualificação, bem como a conjectura social-econômica, e, também se privilegiando o princípio da dignidade da pessoa humana, é de se manter a sentença primava que restabeleceu o auxílio doença acidentário e concedeu a aposentadoria por invalidez. Nos termos do REsp n.º 1.270.439/PR, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, os juros de mora a incidir sobre as parcelas vencidas devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/09, desde a data da citação; já a correção monetária, tratando-se de benefício previdenciário, deve ser calculada com base no INPC, com incidência desde o vencimento de cada parcela. V.V. EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO MOVIDA CONTRA O INSS - ARTIGO 1º-F DA LEI n.º 9.494/1997, MESMO COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI n.º 11.960/2009 - INAPLICABILIDADE - JUROS DE MORA - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICES - TERMOS INICIAIS. 1. Em ação movida contra o Instituto Nacional do Seguro Social, as prestações vencidas devem ser acrescidas de juros moratórios mensais de 1% (um por cento), não se aplicando o disposto no artigo 1º-F da Lei n.º 9.494/1997, inclusive na redação dada pela Lei n.º 11.960/2009. 2. Os juros de mora devem incidir a partir da citação da autarquia previdenciária, quanto às parcelas vencidas até aquela data, e a partir do vencimento, quanto às parcelas que se venceram posteriormente. 3. Os valores das prestações previdenciárias serão atualizados monetariamente, como base nos índices divulgados pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado a partir da data em que cada uma delas se tornou devida.⁵⁷ (grifo do autor)

No inteiro teor do decisório, cinge-se a controvérsia acerca da existência ou não da incapacidade do segurado, decorrente de acidente de trabalho, que lhe permita fazer jus ao pagamento do auxílio doença acidentário bem como à aposentadoria por invalidez.

---

⁵⁷ TJ-MG - AC: 10701100333486001 MG, Relator: Edison Feital Leite, Data de Julgamento: 05/06/2014, Câmaras Cíveis / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/06/2014.

Pela análise, restou demonstrado nos autos que o autor exercia, até o acidente ocorrido em 13/08/2010, a profissão de vigilante patrimonial (chefe de equipe de transporte de valores); que, em decorrência do acidente, ele apresenta a doença profissional epicondilite lateral do cotovelo esquerdo e tendinite crônica do supraespinhoso do ombro esquerdo, que revela uma diminuição da força de apreensão palmar esquerda e abdução e elevação do ombro esquerdo, impedindo-o de pegar peso; que a referida lesão é permanente.

Quanto à incapacidade para o trabalho, segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, deve-se considerar, na hipótese de o laudo pericial apenas ter concluído pela incapacidade parcial – e não total – do segurado para o trabalho, como no caso, além dos elementos previstos no art. 42 da Lei n.º 8.213/91, os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado, aspectos que podem levar a sua rejeição no mercado de trabalho.

Desta feita, caracterizada a invalidez permanente e total do apelado, não sendo razoável o entendimento segundo o qual há possibilidade de ele se inserir facilmente no mercado de trabalho formal, e considerando-se, ainda, suas condições pessoais e sociais, como sua idade, sua pouca instrução ou qualificação, bem como a conjectura social-econômica e também se privilegiando o princípio da dignidade da pessoa humana, foi concedida a aposentadoria por invalidez, com início na data do laudo pericial.

Notamos que a dignidade humana foi determinante na concessão do benefício por incapacidade. O princípio, mesmo genérico, foi capaz de sobrepor a exigência legal da “total incapacidade” para obtenção do benefício. A dignidade humana foi quem alertou para condições pessoais e sociais, como a idade, a pouca instrução ou qualificação e a conjectura social-econômica. Assim se justifica que, por mais vago que possa ser o princípio, é possível extrair uma análise pontual e determinante na resolução de casos concretos.

Outro papel da dignidade humana é interpretativo. Nesse momento, assinala Barroso:

A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade [...]. Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mas ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula.⁵⁸

É comum ainda a aplicação e a interpretação da dignidade humana em comunhão com os princípios da razoabilidade e a igualdade. Vejamos:

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

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional brasileiro: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 66.

concreto, por padecer de deformidade estética tamanha que torna o autor incapaz de obter trabalho que lhe assegure o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, deve o mesmo sim receber um benefício por incapacidade. 5. No caso, por se tratar de incapacidade permanente - vez que seu mal não tem cura, conforme reconhecido no próprio laudo judicial -, tal benefício deve ser a aposentadoria por invalidez. A data de início do benefício deve ser a data da propositura desta ação, vez que o reconhecimento excepcional aqui feito somente pode se dar pela via judicial. 6. Apelação parcialmente provida.⁵⁹

Importante destacarmos o inteiro teor da citada ementa para que precisemos o alcance da dignidade humana e sua correlação com a razoabilidade e igualdade.

Conforme a descrição contida no decisório, o autor é portador de quelóide extenso, no terço inferior direito e esquerdo da região facial, dando saída a secreção mucossanguinolenta. O laudo alerta, ainda, para o risco de contaminação, tanto dele próprio, quanto de outras pessoas, o que inviabiliza o exercício de atividades em cozinhas, com alimentos em geral, em creches ou asilos.

Com base, pois, no laudo pericial, a referida sentença, em face de não ter sido constatada incapacidade laborativa no autor, para sua atividade habitual – que é a de porteiro –, julga improcedente o pedido de restabelecimento do benefício de auxílio doença e posterior conversão em aposentadoria por invalidez.

No relatório, o julgador afirma que os documentos acostados aos autos mostram com clareza assustadora a deformidade estética de que padece o autor, de caráter irreversível e incurável, conforme reconhecido pelo próprio perito judicial, que destaca ainda que, caso os quelóides sejam extirpados, haverá a formação de novos, como, aliás, já ocorreu, o que inviabiliza até mesmo uma cirurgia plástica reparadora.

---

⁵⁹ TRF-2 - AC: 200951018033478, Relator: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, Data de Julgamento: 21/07/2011, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA.

O julgado chama atenção para o fator estigmatizante da enfermidade, e aponta que a deformidade é, na verdade, muito mais impactante do que a descrição técnica que o perito pode tentar mostrar. À vista delas, pode-se até mesmo imaginar o constrangimento a que é submetido o autor ao tentar candidatar-se a um emprego, especialmente porque, embora dotado de capacidade de trabalho, é ele incapaz, com sua anomalia, de obter trabalho.

A exclusão do direito do autor de obter um benefício previdenciário por incapacidade conduz o mesmo à marginalidade social, desigualando-o e contribuindo para a perpetuação da injustiça social, com enfoque desumanizador.

Encontra-se dentre os fenômenos mais marcantes da Constituição de 1988 a inserção dos chamados direitos sociais no elenco dos direitos e garantias fundamentais – indicando aquela parcela dos direitos públicos subjetivos que garantem ao homem a satisfação de suas necessidades básicas –, a serem atendidos por meio do princípio da igualdade social, como garantia de uma sociedade mais justa.

O juiz, em casos como o presente, não pode se limitar a apreciar o aspecto legalista da questão, devendo atuar mais como agente integrado à realidade que reclama sua intervenção e adotar uma postura entrosada com fatores socioeconômicos e comprometida com suas responsabilidades sociais.

Para isso, basta um esforço de interpretação sociológica da norma, da qual, não raro, exalam diversas possibilidades que permitem solucionar questões aparentemente não abrangidas por ela. Assim, cabe ao juiz exercer o controle da razoabilidade e da racionalidade da norma, examinando seu mérito e sua abrangência, especialmente diante de questões tão complexamente singulares como essa.

Diante disso, e analisando o caso concreto, podemos observar que estamos diante uma situação na qual a limitação normativa apresenta-se irrazoável, pelo fato de excluir de seu raio de atuação uma pessoa que, pela dessemelhança de sua situação, mereceria estar abrangida pela norma ou, ao menos, receber tratamento jurídico singularizado.

O princípio da igualdade, neste caso, deve traduzir-se num esforço para balancear sua desigualdade concreta, compensando suas inferioridades, de modo que elas não terminem por resultar em uma total falta de proteção jurídica. A igualdade, aqui, significa dar ao autor o tratamento proporcional⁶⁰ e compensatório devido a uma pessoa desigualada por sua própria natureza.

Uma releitura da norma, porém, baseada nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade conduz ao entendimento de que, no caso concreto, por padecer de deformidade estética tamanha que torna o autor incapaz de obter trabalho que lhe assegure o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, deve o mesmo, sim, receber um benefício por incapacidade.

---

⁶⁰ Segundo Paulo Bonavides, a proporcionalidade é um conceito em plena e espetacular evolução, apesar de seu emprego ainda recente. Alçado à categoria de princípio pela sua abrangência, a proporcionalidade possui dois sentidos, o amplo – por ser regra fundamental a que vem obedecer tanto aos que exercem quanto os que padecem o poder; e o restrito – caracterizado pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. O princípio da proporcionalidade pretende, por conseguinte, instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso. Contribuiu o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a promover exigências de transformações sociais extremamente velozes, a doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 405-420).

1.2.5 Segurança jurídica

Como conteúdo revelador da potencialidade normativa do princípio da segurança jurídica, devemos salientar cinco pontos centrais: a certeza do direito; a intangibilidade das posições jurídicas; a estabilidade das situações jurídicas; a confiança no tráfego jurídico; o devido processo legal.

Apesar de a segurança jurídica possuir uma multiplicidade de significados, campo de atuação e abrangência, tem-se a concretização da justiça como sua finalidade precípua e una. Para que se atinja tal finalidade, faz-se necessária a existência de um elemento que figurará como princípio basilar do direito e que o imbui de força cogente, qual seja, a segurança.

É esse elemento, segurança, que oferta aos integrantes da sociedade a garantia necessária ao pleno desenvolvimento das relações sociais. Dessa afirmação se pode depreender que a segurança jurídica também é um fim do direito, inserida na finalidade maior de concretização da justiça.

Há níveis de segurança jurídica, daí o seu conceito depender do grau de exigência do jurista. Para os de formação positivista, o valor consiste em um saber a que se ater. Sob o aspecto objetivo a ordem jurídica deve reunir os predicados necessários ao saber a que se ater; subjetivamente consiste na certeza de que a ordem jurídica se apresenta acessível ao conhecimento, além de proteger os direitos fundamentais.⁶¹

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e confirmar autônoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo, se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Canotilho bem distingue esses dois princípios e apresenta as refrações da segurança jurídica:

---

⁶¹ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 82.

Esses dois princípios - segurança jurídica e proteção da confiança - andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança com um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conectada com os elementos objetivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente e calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder - legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses atos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são: (1) relativamente a atos normativos - proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais - inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração - tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direito.⁶²

Sobre o tema, Humberto Ávila analisa a segurança jurídica sob três enfoques: a segurança como um fato; a segurança como valor; e a segurança como uma norma princípio.

No primeiro enfoque a segurança pode referir-se a um estado de fato, isto é, a uma determinada realidade passível de constatação. Sob essa concepção, segurança jurídica representaria o estado de previsibilidade e certeza, de maneira concreta, dos desdobramentos jurídicos dos atos e das condutas praticados. A segurança jurídica como um valor teria a sua significação relacionada a um estado ideal de existência do ordenamento jurídico, sendo cotejada e dimensionada por um juízo axiológico de valores previamente estabelecidos. Numa terceira visão,

---

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

segurança jurídica pode consubstanciar uma prescrição normativa, sendo qualificada como uma norma jurídica da espécie norma-princípio.⁶³

Nessa perspectiva, é o enfoque da segurança jurídica como norma princípio que pretendemos analisar em sua amplitude.

Virgílio Afonso da Silva, ao analisar a teoria de Robert Alexy, afirma que “uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um mandamento de otimização”.⁶⁴ Por isso, um princípio pode ser um mandamento nuclear do sistema, todavia, pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de estrutura normativa, e não de sua fundamentalidade.

Com relação ao destinatário, o princípio da segurança jurídica possui como receptor o Poder Público, e como mandamento que, em suas relações administrativas ou judiciais, se respeitem e se cumpram as situações de fato e de direito já consolidadas e as preserve perante lei nova em proveito da estabilidade nas relações jurídicas.

O que a segurança jurídica impede é a surpresa⁶⁵ e, para tanto, aponta para a previsibilidade, determinando a certeza nas relações. Contudo, não basta garantir mera certeza da aplicação da lei, mas igualdade nesta aplicação. Não basta a lei prescrever determinado comportamento para que exista garantia de segurança. A segurança jurídica acha-se mais bem definida como a certeza de aplicação igualitária da norma, tomando-se como pressuposto que a própria norma a ser aplicada já respeita a igualdade.

---

⁶³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 114-116.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constituição do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁶⁵ O indivíduo está protegido da surpresa em matéria de custeio previdenciário, com a previsão constitucional do princípio da anterioridade e, mais especificamente no caso das contribuições sociais, da anterioridade mitigada.

Na Carta constitucional, a segurança jurídica é tida como um direito fundamental, prevista no seu art. 5º, caput e lançada nos incisos XXXVI (consagração do respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito) e XL (irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu) do referido artigo.

A imprecisão legislativa na definição do conceito de invalidez apresenta-se como um núcleo de instabilidade jurídica para a sociedade. O judiciário, ao utilizar-se de fatores externos ao laudo médico, de forma difusa e desuniforme, gera uma imprevisibilidade das decisões, impossibilitando a determinação concreta de quem está ou não inválido, de quem está ou não apto para receber o benefício de aposentaria por invalidez.

A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais, gera intranquilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições.

A atual realidade vivenciada de imprevisibilidade das decisões judiciais contribui para com o enfraquecimento do regime democrático. A significativa variação de entendimento dos julgadores gera grande intranquilidade e insegurança jurídica.

Portanto, com esse trabalho pretendemos delimitar o conceito de invalidez previdenciária e garantir maior segurança jurídica a todos aqueles que se relacionam direta ou indiretamente com os efeitos das relações jurídicas previdenciárias.

1.3 A RELAÇÃO JURÍDICA PREVIDENCIÁRIA

Finalizando o tópico sobre a estrutura da seguridade social, resta tecer alguns comentários a respeito da relação jurídica previdenciária. Determinar o momento do nascimento, os sujeitos e o objeto.

Feijó Coimbra explica como se constitui a formação da natureza jurídica da prestação previdenciária:

A regra jurídica previdenciária é provida de *hipótese e consequência*. Na primeira, um dos elementos formadores figura um fato, que se tem na condição de risco social, dando a sua descrição; outro elemento estabelece a oportunidade, o momento em que esse evento deverá ocorrer, para que se torne motivo da proteção, o estado de necessidade que dele advenha; um terceiro apontará o local, em que ocorrido esse evento, reputar-se-á objeto de proteção o cidadão por ele atingido. Desde que, no mundo fático, ocorra o acontecimento descrito na hipótese e consequência dirá que pessoa é titular do direito a prestação estabelecida e a medida em que esta prestação será de deferir. É, portanto, a prestação previdenciária o objeto material da obrigação do Estado, sempre que ocorra um risco social previsto em lei como objeto da ação protetora estatal.⁶⁶

Nas palavras de Pontes de Miranda, o que importa para o Direito é o fato jurídico, ou seja, “aquele previsto em lei, aquele capaz de produzir efeitos para as relações intersubjetivas humanas, os demais fatos do não interessam, pelo menos ao Direito”.⁶⁷

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao universo do direito social, porém, os fatos aqui são restritos ao mundo social, e a sua ocorrência é que desencadeia a relação jurídica. Sobre o tema, ensina Orlando Gomes:

---

⁶⁶ COIMBRA, J.R. Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997. p. 118.

⁶⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, Tomo I, 1999. p. 52.

A relação de previdência social é historicamente uma relação que se constitui para a prevenção de determinados riscos que ameaçam individualmente a continuação do trabalho ou o estancam, ocasionando diminuição ou perda do salário ou do ganho.⁶⁸

Coincide com esse ponto de vista a opinião de Wagner Balera:

A relação jurídica estabelecerá, então, o conteúdo e as dimensões da prestação conferida pelas normas em proveito de quem tenha sido vitimado.

Resultado objetivamente dimensionados os limites da reparação que a seguridade social ofertará ao indivíduo, ocorre a supressão - *de iure* - das necessidades provocadas pela adversidade.

A relação jurídica é, pois, o instrumento de ação de que se vale o Direito Previdenciário para, intervindo na vida social, proporcionar seguridade.⁶⁹

A relação jurídica previdenciária é composta por dois elementos: o sujeito e o objeto. De um lado estão os sujeitos que vivenciam, dão vida à relação e, entre eles, está o objeto, a causa material da relação, em função da qual existe o vínculo.

Nessa esteira, a relação jurídica previdenciária atualmente é considerada um complexo de relações jurídicas de natureza diversa, unificado por causas comuns. Nesse agrupamento distinguem-se, pela maior significação, duas relações elementares: i) a de quem tem por objeto o pagamento de contribuições; ii) a de quem tem por objeto a prestação dos benefícios.

O caráter compulsório da previdência social gera duas relações jurídicas entre o segurado e a Previdência Social: uma de custeio e outra de prestação. A relação jurídica de custeio baseia-se no papel da sociedade em financiar a seguridade social como um todo, respeitando a capacidade contributiva. O Estado se utiliza de seu poder de império para fazer que as pessoas, físicas e

---

⁶⁸ GOMES, Orlando. Natureza jurídica da relação de previdência social. In: GOMES, Orlando. **Escritos Menores**. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 209.

⁶⁹ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 132.

jurídicas,⁷⁰ realizem contribuições para o financiamento da Seguridade Social. Como essa relação possui natureza jurídico-tributária, o contribuinte/segurado assume a postura de devedor e o Estado, a de credor.⁷¹

Sobre essa divisão, Marina Vasques Duarte pontua:

A relação jurídica de prestação baseia-se na necessidade. Aqui, o Estado é compelido, também pela lei, à obrigação de dar (pagar benefícios) ou de fazer (prestar serviço) aos segurados e dependentes que, preenchendo os requisitos legais para a obtenção do direito, o requeiram.⁷²

Pelo fato de nos interessarem, exclusivamente, as relações jurídicas de prestação, os elementos constitutivos da relação jurídica foram analisados apenas sob esse prisma nesse nosso trabalho.

O sujeito ativo traduz-se no credor da obrigação de prestação previdenciária – aquele que tem direito ao recebimento dos benefícios: o segurado que implementa as condições previamente definidas na legislação. O sujeito passivo é o devedor da obrigação de prestação previdenciária – aquele que tem o dever de prestar o benefício ou serviço ao segurado –, por determinação constitucional quem assumiu esse papel foi o Estado e o objeto da relação jurídica previdenciária, por sua vez, é o benefício.

Por sua vez, a relação jurídica de prestação baseia-se na necessidade. Pelo princípio da distributividade e seletividade na prestação de serviços e benefícios, o Estado está compelido a pagar ou prestar serviço ao segurado,⁷³ desde que ele se

---

⁷⁰ O Artigo 195 da Constituição Federal de 1988 determina que a Seguridade Social será financiada pelo Governo, pelas Empresas e pelos Trabalhadores. As empresas participam do custeio da Seguridade Social por meio do pagamento das contribuições sociais incidentes sobre a folha de salário, receita ou faturamento e lucro; no caso dos trabalhadores, esses contribuirão com o pagamento de contribuições sociais incidentes sobre a sua remuneração.

⁷¹ Com a mudança trazida pelo artigo 2º da Lei n.º 11.457/2007, a competência para fiscalizar e cobrar as contribuições sociais devidas à Seguridade Social passou a ser da Receita Federal do Brasil, e não mais do Instituto Nacional do Seguro Social.

⁷² DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 32.

⁷³ Os segurados para fins do Regime Geral de Previdência Social podem ser classificados como obrigatório e facultativo. O primeiro é a pessoa física maior de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14, que exerça atividade remunerada lícita. Já segundo, o facultativo, é a pessoa física maior de 16 anos de idade que não exerça atividade remunerada.

encontre em situação de risco social e, claro, implemente os requisitos específicos para a concessão do benefício.

Em verdade, essa figura genérica do benefício será o vetor capaz de distinguir as inúmeras relações que, no universo abrangente da seguridade social, serão formadas a partir das concretas situações de risco social definidas pelas normas de proteção.⁷⁴

Sob a perspectiva funcional e operacional da relação jurídica, as prestações consistem em medidas públicas, conferidas pelos órgãos gestores do sistema aos beneficiários, que visam combater situações de necessidade social. Sobre o assunto, Daniel Pulino ensina:

A movimentação do aparelho protetivo de seguridade social depende da detecção legal de situações de necessidade que recaem sobre os membros componentes do corpo social, as quais são enfrentadas mediante o dever imposto aos entes gestores (qualificados, nessa medida, como sujeitos passivos da relação) de adotar, em face desses indivíduos, de um grupo deles ou até mesmo de toda a coletividade (e em qualquer desses casos, aí estará identificado quem comporá o polo ativo da relação jurídica) as providências pré-fixadas na lei para evitar ou de alguma forma debelar aquelas necessidades. Tais providências consistem, justamente, nas prestações de seguridade social.⁷⁵

A obrigação da entidade previdenciária de conceder as prestações, ao contrário, não existirá enquanto não se verificarem as condições previstas pela lei, ou seja, não se verificarem os eventos dos quais resulta a situação de necessidade e, quando solicitados, subsistam requisitos de contribuição.

---

⁷⁴ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 133.

⁷⁵ PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 22.

Com relação ao modo de nascimento da relação jurídica previdenciária, Orlando Gomes distingue dois estágios para sua configuração.

Configura-se, em suma, como uma relação que se constitui automaticamente e que adquire, com a 'inscrição' do segurado, eficácia plena. Não produz efeitos específicos antes de se tornar concreta, o direito de todo empregado a ser protegido na necessidade tem, antes, a natureza de uma expectativa. Em contrapartida, não há ainda obrigação de prestar benefício, pois ainda não nasceu, antes do ato filiatório, a respectiva pretensão. [...] Sejam duas relações jurídicas a se sucederem, primeiramente numa fase preparatória e em seguida na fase definitiva.⁷⁶

É extremamente delicada a exigência da ocorrência de uma hipótese de incidência previamente tipificada como critério essencial para a fase definitiva da relação jurídica de prestação previdenciária em matéria de benefício por invalidez. Como já exposto, no direito positivo a invalidez não possui um conceito preciso e, por isso, deixa margem a fim de que se possa determinar que hipótese deve ocorrer para gerar a obrigação do Estado em pagar o benefício.

Sobre o assunto, Feijó Coimbra pontua:

Para o estabelecimento da relação jurídica é necessário que certa hipótese, na lei configurada, venha a verificar-se efetivamente, em relação a um beneficiário da previdência social, isto é, certo fato suceda em circunstâncias de tempo de lugar na lei previstas. Esses fatos são as hipóteses de risco que o legislador prever, para deles proteger o cidadão, mediante o pagamento de prestações pecuniárias ou a prestação de serviços. Constituem os denominados riscos sociais.⁷⁷

Além da identificação do modo de nascimento da relação, devemos analisar a forma da relação jurídica previdenciária. Sobre o tema, encontramos duas correntes. Uma doutrina que acredita ser relação única e simples. Outra que defende que tais relações se compõem de modo plural e se coligam numa relação complexa.

---

⁷⁶ GOMES, Orlando. Natureza jurídica da relação de previdência social. In: GOMES, Orlando. **Escritos Menores**. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 222-223.

⁷⁷ COIMBRA, J.R. Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997. p. 125.

A primeira delas consiste na doutrina unitarista⁷⁸ e sustenta que tal relação seria constituída simultaneamente à contributiva, na verificação das condições objetivas e subjetivas que determinam o surgimento da obrigação de pagar as contribuições previdenciárias.⁷⁹

Por outro lado, a teoria pluralista defende que a relação jurídica previdenciária de custeio precede a relação de prestação. A relação de prestação somente poderá existir caso o indivíduo contribua previamente. E é somente após a ocorrência de alguma hipótese de incidência⁸⁰ de necessidade social prevista legalmente que haverá as condições mínimas para surgimento da relação jurídica de prestação.⁸¹

Orlando Gomes destaca que, para os pluralistas, a relação de previdência social não é, em verdade, relação única, mas a soma de pelo menos duas relações jurídicas, coligadas, que têm como conteúdo, respectivamente, o direito do empregado aos benefícios prestados pelo instituto e a obrigação do empregador de pagar as contribuições correlatas. As duas relações são distintas. Por isso possuem sujeitos diferentes. A correlação entre as duas obrigações – a de prestar benefícios e a de contribuir –, independentemente de sua atuação, mostra-se perfeitamente compatível com a pluralidade das duas relações jurídicas respectivas.

---

⁷⁸ GOMES, Orlando. Natureza jurídica da relação de previdência social. In: GOMES, Orlando. **Escritos Menores**. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 226.

⁷⁹ PERSIANI, Mattia. **Direito da previdência social**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 163-190.

⁸⁰ Geraldo Ataliba possui um detalhado estudo sobre o termo hipótese de incidência. Utilizando o método sistemático, pode-se extrair o alcance de tal conceito e utilizá-lo no direito previdenciário no que se refere à ocorrência de um risco social previsto legalmente como requisito para a existência da relação jurídica de prestar um benefício. Pela dificuldade em desenvolver um trabalho científico sobre a matéria, o autor se manifesta: Tal é a razão pela qual sempre distinguimos estas duas coisas, denominado “hipótese de incidência” ao conceito legal (descrição legal, hipotética, de um fato, estado de fato ou conjunto de circunstâncias de fato) e o “fato imponible” ao fato efetivamente acontecido, num determinado tempo e lugar, configurando rigorosamente a hipótese de incidência. A hipótese de incidência é a descrição genérica e abstrata de um fato, um mero desenho contido num ato legislativo, já o fato imponible é a incidência do mandamento que, ao determinar que alguém pague algo ao estado, cria um laço obrigacional ligando esse alguém ao estado. A hipótese de incidência é una e indivisível, pois somente pode operar com a presença de todos os seus termos, associados ao mandamento pague. (ATALIBA, Geraldo Ataliba. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 51-71).

⁸¹ GOMES, Orlando. Natureza jurídica da relação de previdência social. In: GOMES, Orlando. **Escritos Menores**. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 223-224.

Sobre o tema, Mattia Persiani destaca que somente através da configuração da hipótese surge, pela primeira vez, a sujeição da pessoa protegida cujo objeto são as prestações previdenciárias perante a entidade previdenciária. A obrigação desta última de efetivar a tutela previdenciária não concerne somente ao Estado e à comunidade protegida, mas também ao sujeito frente ao qual sucedeu o acontecimento danoso.⁸²

Sob essa ótica, cabe ao segurado comunicar a ocorrência do fato gerador da contraprestação estatal para que consiga usufruir do benefício previdenciário. Realiza-se tal procedimento por meio de um requerimento administrativo que analisará a implementação dos requisitos do benefício pleiteado.

Portanto, para a concessão do benefício na esfera administrativa ou judicial, é necessária a precisa definição da hipótese de incidência previdenciária para que não haja dúvidas quanto ao momento da subsunção dos fatos às normas e, conseqüentemente, não crie uma instabilidade jurídica sobre a função social de cada benefício.

---

⁸² PERSIANI, Mattia. **Direito da previdência social**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 162-165.

2 OS OBJETIVOS DA ORDEM SOCIAL E O RISCO SOCIAL

2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Para entendermos o papel do Estado na garantia dos direitos sociais na modernidade, propomos inicialmente um apanhado histórico sobre a justiça social e suas transformações ao longo dos séculos até chegar à forma disposta na Constituição Federal Brasileira de 1988.⁸³

A análise partirá da concepção de justiça distributiva na visão de Aristóteles até a dimensão que hoje se discute fundada nas ideias de John Rawls. Com relação à justiça social, o presente tópico possui caráter explicativo e como base relatos históricos divididos em duas etapas: a pré-moderna, até o século XVIII; e a pós-moderna, a partir de século XVIII até os dias atuais.

Nesse texto comumente utilizamos as expressões “conceito” e “concepção” da mesma forma pela qual Rawls as distingue. O Conceito pode ser amplamente compartilhado por pessoas que divergem de forma significativa quanto à concepção específica que reúnem sobre ele. Desse modo, as pessoas podem todas concordar que o conceito de justiça envolve algum tipo de “igualdade” socioeconômica; ao passo que algumas delas sustentam a concepção segundo a qual a ‘igualdade’ relevante é a ‘igualdade’ de oportunidades; enquanto outras supõem como relevante a ‘igualdade’ de resultados.⁸⁴

---

⁸³ Sobre o assunto, Wagner Balera cria uma relação de dependência com seus objetivos quando define a Seguridade Social como sendo uma combinação da igualdade com a solidariedade – é o sistema jurídico apto a conferir equivalente quantidade de saúde, de previdência e de assistência a todos quantos necessitarem de proteção. O respectivo objetivo, a justiça social, se tornará realidade quando a promoção do bem de todos deixar de ser um mero programa. (BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 23).

⁸⁴ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 20.

Na outra metade do tópico apresentaremos a definição de risco social. O tema será abordado em dois subtópicos cujo critério é temporal: O risco social na modernidade e o risco social na pós-modernidade.

2.2 OS OBJETIVOS DA ORDEM SOCIAL

2.2.1 A Concepção pré-moderna de justiça social

Para que seja possível atingir um modelo previdenciário ideal que garanta o bem-estar⁸⁵ é necessária a compreensão do significado e do alcance da justiça social. Mostra-se comum o uso das expressões justiça social e justiça distributiva, ou justiça econômica, por manifestantes contra a globalização, que a invocam no intuito de apontar os males causados pelas grandes corporações e empresas multinacionais.

A concepção de justiça social ou distributiva no período pré-moderno (até o século XVIII) era bem distinta da concepção moderna (ou contemporânea). A análise do binômio “mérito/necessidade” residiu no ponto de distinção entre as duas dimensões. Enquanto o princípio antigo estava relacionado à distribuição de acordo com o mérito, na concepção moderna, requer uma distribuição independentemente do mérito.

---

⁸⁵ Wagner Balera define que o bem-estar se expressa através da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades, somente poderá ser atingido com o esforço e a cooperação de todos e de cada qual. Assim foi no passado, assim é no presente, assim será no futuro. (BALERA, Wagner. Introdução à seguridade social. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (coord). **Introdução ao Direito Previdenciário**. São Paulo: Ltr, 1998. p. 16).

A justiça distributiva antiga (anterior ao século XVIII) teve origem nas concepções de Aristóteles, exigindo que as pessoas merecedoras fossem recompensadas de acordo com seus méritos. Na concepção aristotélica, a justiça distributiva contrasta com a justiça corretiva (ou cumulativa), que diz respeito à punição. Nesse sentido, Aristóteles traça duas distinções sobre a noção de justiça.

Em primeiro lugar, ele distingue entre um sentido, depois denominado de “justiça universal”, que abrange todas as virtudes e uma “justiça particular”, que se aplica às constituições políticas e às decisões judiciais. Em segundo lugar, distingue, no interior desse segundo sentido do termo, “justiça distributiva” de “justiça corretiva”. A justiça distributiva requer que honra, ou posições de autoridade política, ou dinheiro sejam distribuídos de acordo com o mérito, enquanto a justiça corretiva requer que os culpados por injúrias paguem pelos danos que causaram a suas vítimas de acordo com a extensão desses danos.⁸⁶

No Livro V, capítulo 2 da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define as justiças distributiva e corretiva. Vejamos:

Da justiça particular e do que é justo no sentido correspondente, (A) uma espécie é a que se manifesta nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois aí é possível receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro); e (B) outra espécie é aquela que desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos. Desta última há duas divisões: dentre as transações, (1) algumas são voluntárias, e (2) outras são involuntárias — voluntárias, por exemplo, as compras e vendas, os empréstimos para consumo, as arras, o empréstimo para uso, os depósitos, as locações (todos estes são chamados voluntários porque a origem das transações é voluntária); ao passo que das involuntárias, (a) algumas são clandestinas, como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocínio, o engodo a fim de escravizar, o falso testemunho, e (b) outras são violentas, como a agressão, o sequestro, o homicídio, o roubo à mão armada, a mutilação, as invectivas e os insultos.⁸⁷

⁸⁶ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 29-30.

⁸⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Os Pensadores. v. 2).

O Livro V, capítulo 2, da *Ética a Nicômaco* alude brevemente ao conceito, que é então desenvolvido no capítulo 4. No capítulo 3, somos informados de que a justiça distributiva – a justiça na distribuição, pelo Estado, de dinheiro, horarias e outras coisas de valor – requer a distribuição de acordo com o mérito (*Kat'axian*).

A justiça corretiva (cumulativa) é diferente. O princípio corretivo (*diorthotikos* - literalmente, “fazer corretamente”) aplica-se não a recompensas, mas a transações (*synallagmata*) tanto voluntárias quanto involuntárias, com a distinção correspondendo aproximadamente àquela que existe no direito norte-americano entre contratos e responsabilidade civil extracontratual.⁸⁸

Com relação à justiça distributiva, Richard Posner ensina:

O livro V, capítulo 3 da *Ética a Nicômaco* explica que o princípio que deve guiar o Estado na alocação de dinheiro ou honorarias é o mérito relativo dos beneficiários potenciais. O padrão do mérito depende, por sua vez, dos valores da sociedade. Se esta for aristocrática (a concepção de sociedade justa por Aristóteles), o princípio de distribuição se dará de acordo com a virtude ou a excelência: o cidadão mais virtuoso terá direito a uma parte proporcionalmente maior da distribuição do que o menos virtuoso.⁸⁹

Uma leitura moderna sobre a teoria de Aristóteles tenta associar a expressão “mérito” à atual ideia de “necessidade”. Um exemplo disso apresenta-se na opinião de Richard Kraut.⁹⁰ Exemplifica o autor que, no caso de haver comida e outros recursos disponíveis para serem distribuídos entre os necessitados, a justiça de Aristóteles exigirá que parcelas maiores sejam concebidas àqueles que tiverem maiores necessidades.

Ocorre que pelo fato de Aristóteles ignorar a equivalência entre “mérito e necessidade” na justiça distributiva, não se pode cravar que ele concordaria com tal fato apenas por não se opor a ele.

---

⁸⁸ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 319 e 320.

⁸⁹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 449.

⁹⁰ Cf. KRAUT, Richard. **Aristotle: Political Philosophy**. Oxford: Oxford University Press. 2002.

Os textos de Aristóteles sugerem fortemente que, para ele, a justiça distributiva estava essencialmente vinculada ao mérito, e não à necessidade. Os seguidores cristãos de Aristóteles consideram que a justiça distributiva é governada por uma norma de mérito, não de necessidade.

Sobre o assunto, Fleischacker ensina:

É verdade que ocasionalmente ele menciona o fato de que questões de justiça distributiva podem surgir em conexão com a distribuição de bens materiais - quando, por exemplo, os sócios de um empreendimento comercial têm de desprender fundos comuns de maneira proporcional à contribuição de cada um ao empreendimento (1.131b29-1.131b30). O que ele não levanta nem mesmo como uma possibilidade é que a justiça possa exigir que o Estado organize a estrutura fundamental da posse material entre seus cidadãos.⁹¹

Richard Posner aponta que a teoria de Aristóteles sobre justiça distributiva funciona bem dentro de seus limites, mas estes são demasiado exíguos, em especial porque Aristóteles não concebia o Estado como se este possuísse, de início, todos os recursos da sociedade para só então dividi-los entre os cidadãos. Aristóteles acreditava ainda que na esfera privada as pessoas seriam livres para negociar e acumular toda riqueza que quisessem, sujeitas a um dever de evitar a prática de atos injustos como o roubo e a fraude. Seu princípio de justiça distributiva não abarcava toda a extensão da riqueza da sociedade.⁹²

Depois de Aristóteles, a figura mais importante na tradição do direito natural centrou-se em Tomás de Aquino, que também adotou a concepção distributiva de Aristóteles. Aquino segue o contraste da justiça distributiva e justiça cumulativa, em que uma corrige erros e outra distribui bens. Novamente a distribuição relaciona-se diretamente com o mérito e com os bens políticos, não havendo qualquer sugestão de que prover aos pobres seja uma questão de justiça distributiva.

---

⁹¹ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 31.

⁹² POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 449.

Esse pensamento dominou a filosofia político-ocidental até o início do século XVII, quando a tradição do direito natural foi concebida por Hugo Grócio.

Grócio seguiu as ideias de Aristóteles e Aquino e criou uma distinção entre justiça expletiva e justiça atributiva, com o propósito de equiparar a distinção entre justiça distributiva e cumulativa até então defendida pelos seus antecessores. A justiça expletiva governa tudo o que a lei faz ou deve fazer, e as reivindicações que ela procura satisfazer são correspondentemente denominadas de direitos legais – ou direitos estritos. Por sua vez, a justiça atributiva abarca todas aquelas virtudes que têm o propósito de fazer bem aos outros, tais como a generosidade, a compaixão e a previdência em questão de governo.

Segundo Fleischacker, as concepções de Grócio são pouco claras em vários aspectos. Ele não deixa claro por que a justiça atributiva deveria ser considerada parte da justiça, nem como seria possível interpretar os dois tipos de justiça de Aristóteles como dividindo-se entre o que pode e o que não pode ser aplicado coercitivamente.⁹³

O último a trabalhar a ideia de justiça distributiva, sem dedicar-se primariamente ao alívio da miséria dos mais necessitados, foi Adam Smith. Para Smith, a questão da justiça distributiva estava atrelada a deveres de beneficiários para benfeitores, pais e filhos, amigos e vizinhos e de todas para com as pessoas de mérito. Ainda era perceptível a valoração do mérito. Assim como a justiça atributiva de Grócio, a justiça distributiva de Smith está relacionada à concepção cristã de virtude social. Porém, este último mostrou-se o primeiro a destacar os danos que a pobreza causa na vida privada dos pobres, passo muito importante para a concepção de justiça distributiva na modernidade.

---

⁹³ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 36.

Dessa forma, até o século XVIII não havia qualquer intenção da concepção de justiça que provesse a retirada do pobre da miséria. Nem mesmo a Lei dos pobres,⁹⁴ (*poor relief act*) editada em 1601 na Inglaterra, possuía o intuito de ajudar os pobres. O que era feito pelas paróquias inglesas se ajustava mais às obras de caridade (virtude) que distinguiu entre os pobres merecedores e os não merecedores do amparo, aplicando severas punições àqueles que se recusassem a trabalhar.

2.2.2 A Concepção pós-moderna de justiça social

No século XVIII iniciou-se uma mudança significativa nas atitudes da sociedade, impulsionada pelo desenvolvimento científico e político. Diante dessa nova forma de pensar, ganhava espaço a ideia da erradicação da pobreza. O principal ator dessa visão moderna da justiça distributiva era o Estado, o provedor, aquele que deveria tirar as pessoas da miséria, distribuindo ou redistribuindo bens.

Rousseau destacou-se como o pensador que apoiava o papel do Estado em retificar as desigualdades. A contribuição de Rousseau para o distributivismo residia no fato de que “a solução para os problemas de tal sociedade encontra-se na política, e não em atitudes religiosas ou filosóficas que podem fazer com que aqueles que sofrem aceitem a carregar o fardo que sobre eles recai”.⁹⁵

---

⁹⁴ Poor Relief Act. Disponível em: <<http://www.workhouses.org.uk/poorlaws/1601act.shtml>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

⁹⁵ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 83.

Foi com Rousseau que Kant aprendeu a verdadeira igualdade dos seres humanos:

Sou um investigador por inclinação. Sinto um anseio devorador por conhecimento, a inquietação que acompanha o desejo de progredir nele e a satisfação com qualquer avanço que nele consiga fazer. Houve um tempo em que julguei que nisso residia a honra da humanidade e desprezava o povo, que nada sabe. Rousseau endireitou-me com respeito a isso [...] Aprendi a honrar a humanidade, e me acharia mais inútil do que o trabalhador comum se não acreditasse que essa minha atitude pode dar valor a todos os outros ao estabelecer os direitos da humanidade.⁹⁶

Smith, Rousseau e Kant foram os precursores da concepção de justiça distributiva, ou justiça social, que possuímos na modernidade. Essa concepção invoca o Estado para garantir que a propriedade ou qualquer recurso básico sejam distribuídos por toda sociedade de modo que todas as pessoas consigam suprir a si mesmas com um certo nível de recursos sociais, mas isso não era suficiente para a concepção moderna.

Por meio da Revolução Francesa surgiu a ideia da moderna justiça distributiva. Inspirado por ideias de Smith, Rousseau e Kant, foi Babeuf quem primeiro proclamou explicitamente o papel redistributivo do Estado e a atenção especial aos pobres.

Já em evidência o papel do Estado em solucionar as desigualdades priorizando a ajuda aos pobres, o conceito de justiça distributiva passa por quatro movimentos políticos e filosóficos que rejeitaram ou mitigaram o conceito estudado.

---

⁹⁶ KANT apud FLEISCHACKER, 2006, p. 82.

São eles:

- a) os reacionários (Townsend, Mandeville, Colquhoun, Burke e Malthus) se opunham à assistência estatal aos pobres e acreditavam que a justiça não possuía um componente distributivo;
- b) os positivistas queriam eliminar todo o tipo de linguagem moral da ciência social e, tanto quanto possível, lidar com problemas sociais sob uma perspectiva puramente científica;
- c) Marx também queria abolir a linguagem da moralidade, e especialmente da justiça, embora não por razões científicas;
- d) os utilitaristas estavam satisfeitos com a linguagem moral, mas reduziam toda a moralidade a um único princípio, segundo o qual o bem da sociedade deveria triunfar sobre o bem dos indivíduos.

Surgindo no contraponto das ideias utilitaristas, Rawls se apresenta como um pensador que acredita na distinção entre as pessoas. Enquanto o utilitarismo prima pelo coletivo, Rawls observa tal fenômeno como “muitas pessoas fundidas em uma só” e também rechaça a redução dos fins humanos a um tipo homogêneo de coisa (a felicidade).

O utilitarismo utiliza apenas de argumentos pragmáticos, ou seja, o que enfatiza as consequências. Em suas objeções ao utilitarismo, Rawls tomou como referência o princípio que instituiu a felicidade geral como parâmetro de avaliação dos atos. Quando se discutem as soluções aplicáveis às questões morais, o método utilitarista prioriza as fórmulas favoráveis ao bem-estar social. Para Rawls, era ao contrário, o fundamental na aferição moral são as qualidades intrínsecas aos atos.⁹⁷

---

⁹⁷ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 79.

Nessa concepção, Rawls acredita que a justiça só deve se ocupar da distribuição de “bens primários”⁹⁸ – bens necessários à busca de praticamente qualquer fim humano –, apontando a importância do sistema social na concretude da justiça distributiva.

O principal problema da justiça distributiva é a escolha de um sistema social. Os princípios de justiça se aplicam à estrutura básica e regulam o modo como suas instituições mais importantes se combinam em um único sistema. Ora, como já vimos, a ideia da justiça como equidade é usar a noção de justiça procedimental pura para lidar com as contingências de situações específicas. Deve-se estruturar o sistema social de modo que a distribuição resultante seja justa, independentemente do que venha a acontecer. Para se atingir esse objetivo, é necessário situar o processo econômico e social dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas. Sem uma organização apropriada dessas instituições básicas, o resultado do processo distributivo não será justo.⁹⁹

Rawls defende que o passo inicial para a estruturação desse sistema social é a regulação por uma constituição justa que assegure as liberdades de cidadania, a qual permita ao governo promover além das formas habituais de despesas sociais básicas, assegurando iguais oportunidades de educação e cultura. Na justiça distributiva de Rawls, a função do Estado passa a ser, antes de tudo, a de regular a posse, a produção e a distribuição dos bens.

---

⁹⁸ Rawls discrimina cinco tipos de bens primário: a) a liberdade de pensamento e de consciência, como direitos necessários à participação consciente em uma sociedade estruturada; b) liberdades de movimentação e escolha de atividade à vista das disponibilidades; c) cargos públicos, posições de autoridade e respectivos poderes e prerrogativas; c) renda e patrimônio como instrumentos destinados aos mais diversos fins; e) ambiente social favorável ao autorrespeito, a fim de que alcance, com confiança, as metas pessoais. (NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 80).

⁹⁹ RAWLS. John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 303.

Outra concepção moderna de justiça social assenta-se na do americano Michael Walzer,¹⁰⁰ que publicou seus estudos sobre as esferas da justiça e propôs uma visão pluralista de justiça social, cujo objetivo denominou de “igualdade complexa”. O autor rejeitava os objetivos igualitários simples que querem tornar as pessoas tão iguais quanto possível em sua situação geral; defendendo ainda que as convenções designam diferentes tipos de recursos e oportunidades a diferentes “esferas” da justiça, cada uma das quais é governada por seu próprio princípio da equidade.¹⁰¹

A teoria da “igualdade complexa” de Walzer consiste em ter esferas distintas que recebem seus recursos a depender do princípio adequado a sua esfera. A ideia reside em fazer que cada esfera permaneça intacta, cada uma vivendo a seu modo suas tradições, evitando comparações, tensões e ciúmes da “igualdade simples”.

A teoria de Walzer recebe duras críticas de Dworkin, o qual afirma: “uma teoria que vincula a justiça a convenções não seria aceitável mesmo que disponível”.

Dworkin salienta:

Walzer às vezes parece sugerir que a única possibilidade é a igualdade “simples” que ele descarta, que exige que todos tenham exatamente a mesma parcela de tudo. Mas ninguém defende isso: ninguém sugere que castigos e prêmios Nobel sejam distribuídos por sorteio. Poucos igualitários chegariam a aceitar a igualdade simples de renda ou riqueza. Qualquer versão defensável da igualdade deve ser muito mais sutil; deve permitir que a origem das desigualdades remonte às escolhas que as pessoas fizeram quanto ao tipo de trabalho a exercer, que tipo de riscos correr, que tipo de vida levar.¹⁰²

A diversidade de opiniões expressa a prova da instabilidade do conceito de justiça social na modernidade. Percebemos um conceito em mutação, ainda encontrando seus axiomas e sua estrutura, que certamente será decorrente não de uma transformação, mas da forma de uma nova dimensão de justiça social.

¹⁰⁰ Cf. WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 319.

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 327.

2.2.3 A justiça social na Constituição Federal de 1988

Passada a evolução história da justiça distributiva, ou justiça social, Fleischacker propõe a adoção de cinco premissas para a definição do conceito moderno de justiça distributiva:

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável; tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.

Tendo como referência o item quatro do conceito acima proposto, e aproximando-o de nosso ordenamento jurídico, Wagner Balera ensina:

[...] o ideal de justiça, embutido em nosso ordenamento jurídico, não é algo utópico nem pode ser considerado como pouco prático. Ideal exigente de mecanismos de proteção social que, não sendo sucedâneos da justiça a ser atingida e do progresso e do desenvolvimento a ser alcançado, permitam equacionamento eficiente - em conformidade com os valores constitucionais e das contingências que o desenvolvimento provoca.¹⁰³

Sob a designação genérica de seguridade social, o direito previdenciário estuda o inventário de mecanismos de proteção social, dos quais se vale o aparato

---

¹⁰³ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 37.

normativo, a fim de, intervindo modeladoramente no mundo fenomênico, superar certas questões sociais.

Wagner Balera relaciona os elementos essenciais para que o sistema de seguridade social atinja seus objetivos:

Desta forma, a concepção da responsabilidade solidária, com cooperação de todos para a efetiva integração das comunidades locais e mundial, modifica o cenário social que a brutalidade da globalização econômica vinha montando. No sistema jurídico brasileiro a justiça social é objetivo, a meta a ser atingida, e a Seguridade Social é o conjunto integrado que, em certo ambiente, alia componentes, estrutura e recursos capazes de institucionalizar o referido objetivo.¹⁰⁴

No Brasil, a Seguridade Social encontra-se no Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal de 1988, o qual destina-se à ordem social. Por isso, assim como as demais áreas da Ordem Social “têm como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.¹⁰⁵

O valor do trabalho expressa-se no texto constitucional em seu artigo Art. 1º, IV¹⁰⁶ e refere-se a base da seguridade social. Com relação aos objetivos, estes também possuem previsão constitucional e estão indicados no art. 3º, I e III.¹⁰⁷ Sobre o art. 193 da Constituição Federal, Wagner Balera destaca que:

Há uma íntima conexão entre esse comando e a expressão contida no art. 1º, IV, da mesma Carta Magna. O trabalho, sobre ser um valor social fundamental na República (art. 1, IV) possui uma categoria superior aos demais valores que a Ordem Social salvaguarda.¹⁰⁸

¹⁰⁴ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 21-25.

¹⁰⁵ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho; e como objetivo, o bem-estar e a justiça social.

¹⁰⁶ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹⁰⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

¹⁰⁸ BALERA, Wagner. O Valor Social do Trabalho. **Revista LTR**, v. 58/10, p. 1167-1178, 1994. p. 1167.

A valorização do trabalho pela Ordem Social constitucional representa um binômio garantidor da existência e do funcionamento da previdência social.¹⁰⁹ É da remuneração do trabalho que se podem extrair as contribuições para o financiamento da seguridade social (incluindo a previdência). E é também a partir do trabalho que se analisam as situações de riscos sociais,¹¹⁰ nas quais o trabalhador pode incorrer para gerar um benefício ou serviço, como é o caso da aposentadoria por invalidez. A impossibilidade de exercer a atividade laboral caracteriza o elemento técnico para a percepção do benefício de aposentadoria.

Em outras palavras, é da valorização do trabalho que se extraem as situações de incapacidade laboral sujeitas à proteção do Estado. Com isso, a própria Constituição Federal garantiu um cuidado especial aos trabalhadores, resguardando o Capítulo II do Título VIII – Da Seguridade Social – para protegê-los das situações de redução ou supressão da capacidade laborativa.

Antes de adentrarmos nos objetivos, importa frisarmos que o trabalho não significa o fundamento apenas da Ordem Social. Não se aplica apenas à Seguridade Social, o trabalho também está presente nos fundamentos da Ordem Econômica,¹¹¹ como destaca o artigo 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

---

¹⁰⁹ Segundo Daniel Pulino, o conceito de seguridade social no direito brasileiro possui direta relação com o primado do trabalho quando a define como um conjunto sistematizado, integrado, de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, tendo como base o primado do trabalho e como finalidade superar necessidades sociais para alcançar bem-estar e justiça social. (PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 21).

¹¹⁰ Normalmente, as necessidades individuais a cargo da seguridade social têm raízes econômicas: insuficiência de meios de vida acarretadas pela ausência ou escassez de recursos, isto é, de rendimentos do trabalho. A solução está, portanto, em suprir essa privação mediante a garantia pelo menos dos recursos mínimos indispensáveis: os recursos econômicos. Como em geral isto é feito por processo coletivo, comunitário, social, na realidade trata-se, em última análise, de soluções sociais para problemas econômicos. (LEITE, Celso Barroso. Conceito de Seguridade Social. In: BALERA, Wagner (coord.). **Curso de Direito Previdenciário em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 13-35).

¹¹¹ Sobre o tema Wagner BALERA defende, que, ao afirmarmos que o objetivo da Seguridade Social se confunde com o objetivo da Ordem Social (e, diga-se, igualmente, com o objetivo da Ordem Econômica, na voz do caput do art. 170), esse valor – a justiça social – uma vez concretizado, representa o modelo ideal de comunidade para qual tende a concretização constitucional do sistema. (BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 27).

Essa interseção entre a Ordem Econômica e a Ordem Social não se inaugurou pela Constituição Federal de 1988, e sim por outra Constituição que remonta aos primórdios da história dos direitos sociais. No Brasil, a primeira Constituição a disciplinar os direitos sociais, inscrevendo-os no título sobre a Ordem Econômica e Social, foi a de 1934. Esta foi notavelmente influenciada pela Constituição alemã de Weimar, de 1919, responsável pela introdução de um novo espírito, de cunho social, nas constituições.

A título ilustrativo, não somente a valorização do trabalho mostra-se comum à Ordem Social e Econômica, mas “a redução das desigualdades regionais e sociais”¹¹² também representa outro ponto de interseção de interesses econômicos e sociais.

Com relação aos objetivos, Celso Barroso Leite afirma que a seguridade social se destina, ou pelo menos aspira, a garantir o ser humano contra o perigo de passar privações. É esse perigo que se deve ter em mente, para se proteger contra ele, contra a miséria. Como? Atendendo às necessidades essenciais. Não se pode pretender mais do que isso da seguridade social, sob pena de levar, além de um limite razoável, o ônus que ela representa para a sociedade.¹¹³

Retomando a concepção de justiça distributiva do início do século XX, a relação de justiça com a seguridade social teve grande significado com a criação do *Welfare State*, que colocava o Estado como agente de promoção, proteção e defesa social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com a

---

¹¹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

¹¹³ LEITE, Celso Barroso. Conceito de Seguridade Social. In: BALERA, Wagner (Coord). **Curso de Direito Previdenciário em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira**. 5. ed. São Paulo: LTr. 2003.

nação em questão. Cabe ao Estado do Bem-Estar Social garantir serviços públicos e proteção à população.¹¹⁴

O *Welfare State* se originou da Grande Depressão gerada pela crise econômica de 1929, criado com uma salvação para os países, principalmente os europeus. Atualmente esse sistema encontra-se em crise, cujos fatores causadores são: a diminuição do gasto público e a adequação às demandas individualistas da sociedade, voltando a estimular a independência.

ESPING-ANDERSEN definiu o *Welfare State* como:

[...] uma das marcas da era dourada de prosperidade do pós-guerra e significou mais do que um simples incremento das políticas sociais no mundo industrial desenvolvido. Representou um esforço de reconstrução econômica, moral e política. Economicamente, significou um abandono da ortodoxia da pura lógica do mercado, em favor da exigência de extensão da segurança do emprego e dos ganhos como direitos de cidadania e moralmente, a defesa das ideias de justiça social, solidariedade e universalismo.¹¹⁵

Com o surgimento *Welfare State* a justiça social ganhou outros contornos de solidariedade. No Brasil, o que se pretende atingir com a justiça social traduz-se na sintética expressão: “erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais”,¹¹⁶ bem qualificada pela Constituição Federal como objetivo da República.¹¹⁷

Mesmo carimbada na Constituição Federal de 1988, a justiça social não possui um valor estático e representativo apenas da época em que foi impresso: as mudanças sociais relacionadas à definição do bem-estar fazem desse conceito um valor transitivo.¹¹⁸

¹¹⁴ SCHUMPETER, Joseph. On The Concept Of Social Value. s.n.t. [1908]. **The Quarterly Journal of Economics**, 1909, v. 23, n. 2, p. 213-232.

¹¹⁵ ESPING-ANDERSEN, Gosta. O futuro do *welfare state* na nova ordem mundial. **Revista Lua Nova**, n. 35, São Paulo: CEDEC. 1995.

¹¹⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

¹¹⁷ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 15.

¹¹⁸ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 21.

Numa visão estática pode-se extrair e mensurar o mínimo de seguridade (proteção) ao qual cada pessoa humana tem direito. Ocorre que as mudanças sociais em busca de novos padrões (melhores) fazem que o conceito de justiça social passe mutações, adquirindo essa característica transitiva.

É natural que o ser humano ambicione o ideal pleno do bem-estar, o engajamento coletivo e a solidariedade são determinantes para que se atinja essa meta. Portanto, não se pode analisar a justiça social de forma estagnada sob o risco de ter como objetivo do Sistema de Seguridade Social um ideal ultrapassado; um ideal já conquistado. A transitoriedade da justiça social faz que esse objetivo sempre seja almejado, colocado num patamar acima da situação na qual o indivíduo se encontre, objetivando melhoria coletiva da população.

Sua transformação no tempo e no espaço faz que se extrapole a ideia de que a justiça social consiste apenas na caridade da sociedade através do Estado no intuito de promover um mínimo de dignidade aos desvalidos. A justiça social é transitiva: depende dos anseios da sociedade em busca do bem-estar da coletividade, sem desrespeitar o indivíduo.¹¹⁹

A busca pelo fim da ordem social, a justiça, através da seguridade social passa não só pela garantia do direito positivo, mas pela expansão dos planos de proteção social, a fim de que seja atingido o ideal da universalidade da cobertura e do atendimento, previstos no texto constitucional.

---

¹¹⁹ Cf. MILLER, David. **Principles of Social Justice**. Cambridge: Harvard Press. 2001.

2.3 O RISCO SOCIAL

2.3.1 Notas introdutórias

O risco social possui a mesma problemática da justiça social, no que se refere ao uso das expressões “conceito” e “concepção”, propostas por Rawls e trabalhadas nas notas introdutórias deste capítulo. Aqui, enfatizaremos as “concepções” do risco social, principalmente no que se refere a sua ocorrência no plano coletivo – individual. Essa passagem não se refere a um corte abrupto, pois ainda possui resquícios dos riscos sociais da modernidade.

Lyotard bem descreve esse momento como: “a passagem das coletividades sociais ao estágio de uma massa composta de átomos individuais lançados num absurdo movimento browniano”.¹²⁰

Com relação à evolução dos riscos sociais, Paul Durand destaca o momento de crescimento e identificação dos riscos no século passado:

Os seguros tiveram, durante a primeira metade do século XX, um desenvolvimento notável. Um progresso técnico incessante permitiu-lhes cobrir riscos cada vez mais numerosos. Um instinto de seguridade, sempre mais vivo, levou os indivíduos à proteção contra as eventualidades de tais riscos.¹²¹

Não há como não avocar o estudo feito pelo professor Armando de Oliveira Assis, no início da década de 50, sobre a moderna concepção do risco social. Por mais que nesse trabalho retratemos a busca pela concepção moderna de risco, é importante analisar seus argumentos e apresentar a atual visão pós-moderna sequencial ao seu estudo.

---

¹²⁰ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. 28.

¹²¹ DURAND, Paul. A política de Seguridade Social e a evolução da sociedade contemporânea. In: BALERA, Wagner (coord.). **Revista de Direito Social**. Ano 4, out./dez., n. 16. Porto Alegre: Notadez, 2004. p. 127-128.

2.3.2 Concepção moderna de risco social

O que se busca na concepção moderna¹²² e até pós-moderna do risco é equacionar os dois elementos nos quais esses conceitos de apoiam: o indivíduo e a sociedade. Armando de Oliveira Assis apresenta seus argumentos com uma provocação de que a ciência histórica demonstra que o homem vive em coletivo, afastando, desde o início, uma concepção individualista:

Não estamos em condições de afirmar se algum dia o homem viveu só. Mas o que a ciência história já demonstrou, e é aceito sem constatação, é que o homem, na marcha para a sociedade atual, veio agrupando-se segundo moldes cada vez mais complexos, a saber: primeiro construindo o grupo familiar, em seguida comendo tribo, e, afinal, radicando-se, organizando as nações.¹²³

Decidido pelo superior valor da sociedade em detrimento do indivíduo, Assis acredita que a sociedade é, ou deverá ser, um instrumento adequado a proporcionar ao indivíduo a satisfação de certas aspirações naturais: representa o clima que lhe permite a integração de umas tantas virtudes pessoais. Não importa que o homem apenas recentemente tenha chegado a essa conclusão; o instinto profundo que o levou a agir de tal modo reside numa razão explicativa mais que suficiente.

Aqui a sociedade atua como uma proteção do indivíduo, uma carapuça que serve para protegê-lo. No entanto, o que atinge a sociedade também atinge o indivíduo; e, se o que atinge o indivíduo se reflete na sociedade, esta não poderá deixar de ressentir.

---

¹²² Para Giddens, a modernidade refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII, os quais, posteriormente, se tornariam mais ou menos mundiais em sua influência. (GIDDENS Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. p. 11).

¹²³ ASSIS. Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “risco social”. In: BALERA, Wagner (Coord). **Revista de Direito Social**. Ano 4, abr./jun., n. 14. Porto Alegre: Notadez, 2004. p. 155.

De forma mais aguda, a teoria proposta para a concepção moderna do risco social atua com um condutor de necessidades,¹²⁴ de forma em que a ameaça a uma das partes, a um dos componentes (indivíduo), fatalmente ameaçará a toda coletividade, “os males individuais devem ser tratados pela sociedade como focos de infecção”.¹²⁵

Para Wagner Balera, “a concepção moderna de risco social nasce nesse instante: o da assunção, pelo Estado, do papel garantidor da proteção social dos trabalhadores”.¹²⁶

A atuação do Estado na proteção dos direitos sociais¹²⁷ depende não somente da existência/previsão, mas também da ocorrência das necessidades sociais. Cumpre destacar que as necessidades criam o arcabouço de situações de proteção por parte do Estado.¹²⁸

---

¹²⁴ Armando de Oliveira Assis trabalha a ideia de risco social de forma coletiva, por isso prefere chamar tal contingência de “necessidade social”. Dessa forma, o risco social que representa cada pessoa só é social aquela fração que, se atingida, ponha em perigo a sociedade. Mas, com dissemos, essa fração será maior ou menor segundo o país ao qual se refira, assim como, dentro de uma mesma nação, variará para menos ou para mais de conformidade com a época em que seja considerada. Essa variação poderá, até, atingir a mesma pessoa, pois em certas emergências as necessidades podem ser momentaneamente mais prementes que as sobrevindas de uma causa persistente ou, quando menos, de longa duração. Em suma, atender-se-á a necessidade mínima do momento que passa, aquela que, por suas repercussões, se constitua em real e verdadeira “necessidade social” (ASSIS. Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “risco social”. In: BALERA, Wagner (coord.). **Revista de Direito Social**. Ano 4, abr./jun., n. 14. Porto Alegre: Notadez, 2004. p. 166).

¹²⁵ ASSIS. Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “risco social”. In: BALERA, Wagner (Coord). **Revista de Direito Social**. Ano 4, abr./jun., n. 14. Porto Alegre: Notadez, 2004. p. 158.

¹²⁶ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 156.

¹²⁷ No caso da previdência social essa proteção é realizada com o pagamento de benefícios e a prestação de serviços, assim dispostos na Lei n.º 8.213/91: “Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”.

¹²⁸ No caso específico da previdência social, Daniel Pulino define que “Por força do que dispõe o art. 201 da Constituição, a previdência social deve atender à cobertura dos eventos doença, invalidez, morte e idade avançada, além de outros especificados nos demais incisos e parágrafos desse dispositivo. Dessa forma, a proteção dos indivíduos, na previdência social brasileira, é feita em atenção à numeração legal de contingências sociais específicas que produzem determinadas situações de necessidade social. Contingências que hão de estar, assim, tipificadas na lei previdenciária”. (PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 39).

As necessidades sociais, no sistema protetivo brasileiro, ganham importância pelo seu papel de selecionar, filtrar, escolher quais os riscos que, uma vez acometendo o segurado, poderão gerar uma contraprestação do Estado na forma de serviço ou benefício. Com isso, as contingências sociais atuam num papel instrumental, tornando-se situações previamente tipificadas e aptas a gerar uma necessidade social e, conseqüentemente, uma manifestação na forma de benefício, por parte do Estado.

No entanto, essa concepção ditada pela Carta de 1988, inspirada na universalidade de cobertura e do atendimento, onde o Estado assume o papel de provedor do bem-estar atuando como braço forte diante das necessidades sociais, ainda não foi plenamente implementada, muito pelo contrário, existe uma grande deficiência dos serviços sociais prestados a sociedade em todas as áreas.

Mais especificamente, no que concerne aos sistemas de seguridade social que, Wagner Balera ensina:

Pode-se dizer, foram apresentados como a promessa final e acabada da modernidade em favor dos trabalhadores e dos pobres em geral, o fracasso resultou evidente. Surge então, a pós modernidade como o momento histórico que permite a retomada do ideário da seguridade social e a indicação dos caminhos possíveis para a libertação de todas as necessidades de que padecem as pessoas humanas.¹²⁹

Diante de tal ineficiência estatal e dos novos riscos impostos por uma sociedade pós-moderna embalada por efeitos de magnitude global, Wagner Balera¹³⁰ bem define o posicionamento da efetividade dos direitos sociais no Brasil quando afirma: “o Brasil é o lugar no qual, ao mesmo tempo, ainda não foram implementados os rudimentos de um verdadeiro Estado de Bem-Estar e já se avizinha o risco global da universalização do desemprego”.¹³¹

---

¹²⁹ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 162.

¹³⁰ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin. 2010. p. 174.

¹³¹ A pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou

Por seu conteúdo potencialmente agressivo, o desemprego representa o maior risco social da sociedade pós-moderna, etapa que define o momento histórico que estamos atravessando. É sobretudo nesse sentido que se faz notar o perverso contraste entre necessidades e recursos: quanto maiores as primeiras, menores os segundos. Por outras palavras: as necessidades em geral decorrem principalmente de insuficiência de recursos.¹³²

Desta forma, a pós-modernidade expressa a superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade, que propõe uma reanálise da atuação da sociedade diante de suas mazelas.¹³³

2.3.3 O risco social na concepção pós-moderna

A sociedade pós-moderna foi o termo encontrado para marcar o limiar de uma nova era, à qual as ciências sociais devem responder e que está nos levando para além da própria modernidade. É comum a existência de uma variedade de termos que demonstram as mudanças que ocorreram, e ainda ocorrem, após o final do século XX e que simbolizam uma nova dimensão da modernidade, dentre eles: sociedade pós-industrial, pós-modernismo,¹³⁴ pós-modernidade e assim por diante.

---

de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal), ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão. Obviamente, nenhum processo histórico instaura uma nova ordem, ou uma nova fonte de inspiração de valores sociais, do dia para a noite, e o viver transitivo é exatamente um viver intertemporal, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores – enfim, entre passado erodido e presente multifário. (BITTAR, Eduardo C. B., O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, v. 29, n. 57, p. 131-152, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1471>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹³² LEITE, Celso Barroso. Conceito de Seguridade Social. In: BALERA, Wagner (coord.). **Curso de Direito Previdenciário em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 25.

¹³³ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p.107.

¹³⁴ Giddens esclarece a distinção entre “pós-modernismo” e “pós-modernidade”. O pós-modernismo se é que significa alguma coisa, mostra-se mais apropriado para se referir a estilos ou movimentos no interior da literatura, artes plásticas e arquitetura. Diz respeito a aspectos da reflexão estética sobre a

A pós-modernidade, entendida como período de revisão das heranças modernas e como momento histórico de transição, no qual se resente o conjunto dos descabimentos da modernidade, produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos contemporâneos (a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas), e causaram, em parte, o abalo ainda não plenamente solucionado de estruturas tradicionais, nos âmbitos das políticas públicas, da organização do Estado e na eficácia do direito, como instrumento de controle social.¹³⁵

De qualquer forma, a primeira percepção do advento da pós-modernidade e de sua projeção no âmbito jurídico é a de crise. A noção de crise vem contextualizada, crescentemente, numa vivência maior da própria crise do capitalismo solidamente constituído, alicerçado em fortes concepções presenciais do Estado intervencionista, de condições materiais de expansão dos mercados; amplo espaço para a dominação e a hegemonia das novas ideologias pregadas pela mídia e pelos meios de comunicação; descobertas científicas pluralizando os usos da natureza; políticas internacionais fortalecedoras da consciência de mercado e da expansão multinacional; desenvolvimento acelerado dos meios de transporte que encurtaram distância e reduziram custos; amplo progresso tecnológico e mecânico

---

natureza da modernidade. Embora às vezes um tanto vagamente designado, o modernismo é ou foi uma perspectiva distinguível nestas várias áreas e pode-se dizer que tem sido deslocado de outras correntes de uma variedade pós-moderna. Já a pós-modernidade se refere a algo diferente, se estamos encaminhando para uma fase de pós-modernidade, isto significa que a trajetória do desenvolvimento social está nos tirando das instituições da modernidade rumo a um novo e diferente tipo de ordem social. (GIDDENS Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. p. 51-52). Para Perry Anderson, o pós-modernismo surgiu pela primeira vez no mundo hispânico antes do seu aparecimento da Inglaterra ou nos Estados Unidos. Foi um amigo de Onamuno e Ortega, Federico de Onís, quem imprimiu o termo *postmodernismo* para se referir a um refluxo conservador dentro do próprio modernismo. (ANDERSON. Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 9).

¹³⁵ BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, v. 29, n. 57, p. 131-152, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1471>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

etc., que é um capitalismo do período fordista e keynesiano do pós-guerra (1945-1973), hoje em direção a um toyotismo.¹³⁶

Ao analisar o final da modernidade e o surgimento da pós-modernidade, Boaventura Sousa Santos critica a utilização do termo pós-modernidade e afirma que este termo somente é utilizado pela falta de outro melhor:

O paradigma cultural da modernidade construiu-se antes de o modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se-á antes de este último deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de superação e em parte um processo de obsolescência. É superação em que a modernidade cumpriu algumas das suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso. É obsolescência na medida em que a modernidade está irremediavelmente incapacitada de cumprir outras das suas promessas. Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas como o défice no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente, que se apresenta superficialmente como de vazio ou de crise, mas que é, a nível mais profundo uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas, à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação.¹³⁷

Mesmo diante das críticas e apesar de concordarmos com a opinião de Boaventura, utilizaremos a expressão pós-moderno para nos referirmos à atual acepção do risco social. Da mesma forma, Bauman conceitua:

[...] não é em toda parte, porém, que essas condições parecem, hoje, estar prevalecendo: é numa época que Anthony Giddens chama de 'modernidade tardia', Ulrich Beck de 'modernidade reflexiva', Georges Balandier de 'supermodernidade', e que eu tenho preferido (junto com muitos outros) chamar de 'pós-moderna': o tempo em que vivemos agora, na nossa parte do mundo (ou, antes, viver nessa época delimita o que vemos como a nossa parte do mundo).¹³⁸

¹³⁶ BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, v. 29, n. 57, p. 131-152, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1471>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹³⁷ SANTOS, Boaventura Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1995. p. 76-77.

¹³⁸ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 30.

Ultrapassada a questão terminológica, chegamos à ideia de que a pós-modernidade refere-se a uma condição processante de amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de se alargar por muitas décadas até sua consolidação.

Ela não encerra a modernidade, pois inaugura sua mescla com os restos da modernidade. Do modo como podemos compreendê-la, deixa de ser vista somente como um conjunto de condições ambientais para ser vista como certa percepção que parte das consciências acerca da ausência de limites e de segurança, num contexto de transformações, capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho etc.).¹³⁹

É na procura por esse projeto social que nós nos deparamos com os riscos sociais, principalmente os relacionados ao trabalho.¹⁴⁰ O estudo dos riscos sociais passa pela distribuição destes riscos na sociedade pós-moderna, que, no estudo de Beck, nascem e criam forma na sociedade de risco. Apesar de a distribuição de risco ser diferente da distribuição de riquezas, pois os riscos não podem ser previstos nem controlados, é possível que eles sejam distribuídos de modo especificado por camada ou classe social.

Desse modo, a distribuição de riscos determinada pela classe social e em decorrência do aprofundamento dos contrastes de classes através da concentração de riscos entre os pobres e débeis, durante muito tempo se impôs e ainda se impõe em relação a algumas dimensões centrais dos riscos. Como é o caso do risco de

---

¹³⁹ BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, v. 29, n. 57, p. 131-152, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1471>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹⁴⁰ Dentre as várias transformações sociais nas quais a sociedade pós-moderna está inserida, enfatizaremos os riscos relacionados ao fenômeno do não-trabalho (ampliação do desemprego para englobar aqueles que não tiveram acesso nem mesmo ao primeiro emprego - Wagner Balera), por ter estrita relação com os benefícios incapacitantes, principalmente com a aposentadoria por invalidez, que é objeto deste trabalho.

tornar-se desempregado, atualmente consideravelmente maior para quem não possui qualificação do que para os que são qualificados.¹⁴¹

Relacionando com o tema proposto, a incapacidade laboral social tem por finalidade analisar os critérios extramédicos que possam, juntamente com o laudo médico de capacidade residual, definir o estado de invalidez de um segurado. Os critérios extramédicos passam por fatores como escolaridade, fatores estigmatizantes, idade e outros. O que se pode observar é que tais riscos acabam apontando para uma determinada classe social, pois, invariavelmente, aqueles com certo comprometimento de saúde e que possuam idade avançada, baixa renda e baixa escolaridade serão potenciais excluídos do mercado de trabalho.

Os critérios de renda e escolaridade acabam sendo preponderantes na distribuição de riscos por camada ou classe social. Por isso, a pós-modernidade retrata um contexto histórico no qual a exclusão a cada dia está aumentando mais. Colaboram para isto as novas exigências/qualificações para o mercado de trabalho, com as quais a estrutura educacional não está preparada para lidar, tornando-se então uma forte causa do desemprego.

A questão do desemprego também é pontuada por Feijó Coimbra:

Um dos riscos sociais de efeitos mais deploráveis é o desemprego. O *chômage* dos franceses, o *paro forzoso* dos povos de língua castelhana, a *disocupazione forzata* dos italianos é um agressor da população trabalhadora nas sociedades modernas, por razões peculiares, mas que se aparentam, até certo ponto, com as que determinaram aspectos sociais similares, de efeitos diversos, nas sociedades de antanho. [...] O afastamento do trabalhador sadio dos quadros da atividade remunerada não exprime apenas a perda de seu sustento: é, bem mais que isto, a diminuição do poder do consumo coletivo, tornando mais dificultosa a superação da crise econômica que tenha deflagrado as despedidas.¹⁴²

---

¹⁴¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma nova modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 41.

¹⁴² COIMBRA, J.R. Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997. p. 136.

Wagner Balera alerta que esse risco está assumindo novos matizes. Seu conteúdo potencialmente agressivo se apresenta como desafio a ser enfrentado pela concepção pós-moderna de proteção social, cuja a única cura dá-se por meio do desenvolvimento e cujo subproduto necessário é o pleno emprego.¹⁴³

Ademais, segundo Balera verifica-se que a concepção pós-moderna de risco, na medida em que revela a precariedade dos seus contornos, exigirá muito mais de decisão política do que de ferramental técnico. Com efeito, a globalização transforma o mundo do trabalho em realidade distinta, em trabalho no mundo sem fronteiras, sem garantias e sem proteção.¹⁴⁴

A marcha dos riscos sociais da pós-modernidade permanece aberta a novas concepções e novos riscos. Como se fosse um teste, desafia os sistemas de seguridade social, como o da Constituição Federal de 1988, a fim de verificar sua eficácia.

O conceito de invalidez está em plena transformação, assim como os riscos sociais da sociedade pós-moderna. Por isso, torna-se necessário que o sistema protetivo adapte-se à nova realidade e principalmente à nova forma sob a qual se apresentam os riscos. Não pretendemos uma mudança legislativa, mas a delimitação de um conceito indeterminado (de invalidez) adequado aos riscos da pós-modernidade.

---

¹⁴³ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 159.

¹⁴⁴ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 166.

3 OS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS POR INCAPACIDADE NO ÂMBITO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Paul Durand dividiu os riscos inerentes à vida social em cinco grupos: os decorrentes de meio físico, assim relacionados aos fenômenos geológicos e meteorológicos; os decorrentes de meio social, relacionados à ordem internacional (guerra) e nacional (risco político, risco administrativo, risco legislativo); os conectados com a organização dos grupos familiares, que afetam a diminuição do nível de vida de toda família; os conectados com a vida profissional, relacionados com a insegurança do emprego; por último, os riscos de ordem fisiológica, nos quais incluem-se “a doença (que se pode incluir a maternidade) a invalidez, a velhice, a morte. Um risco social para a coletividade”.¹⁴⁵

Os benefícios por incapacidade foram criados para contemplar diferentes graus de necessidades sociais, que podem variar de uma incapacidade parcial e temporária, passando por casos de redução da capacidade laboral de forma definitiva até a incapacidade irrecuperável e irreversível que impossibilite o indivíduo de praticar toda e qualquer atividade de que lhe advenha remuneração. Para cada um desses níveis incapacitantes, criou-se uma espécie de benefício que envolve ações tanto no âmbito da assistência como no da previdência social.

Ante os conceitos apresentados, é notório que o conceito de incapacidade não se confunda com o de doença. É perfeitamente possível que uma pessoa esteja doente sem que, contudo, encontre-se incapaz para o desempenho de uma atividade ou ocupação. Também há de se notar que a incapacidade é variável, conforme apontado em ambos os conceitos.

---

¹⁴⁵ Tradução nossa. DURAND, Paul. **La política contemporánea de seguridad social**. Madrid: Ministerio de Trabajo e Seguridad Social. 1991. p. 57-58. No original: “Son la enfermedad (a la que se puede añadir la maternidad) la invalidez, la vejez, el fallecimiento. Un riesgo social para la coletividade”.

Os benefícios por incapacidade são concedidos somente quando a doença relacionada ao trabalho acarreta real incapacidade laborativa, ou redução da capacidade laborativa do segurado em relação a sua atividade profissional habitual, ou seja, não basta o diagnóstico de uma doença.

É matéria do INSS a repercussão da doença na capacidade laborativa (de auferir rendimentos por parte do segurado), sendo esta autarquia responsável tanto pelos pagamentos dos benefícios incapacitantes pagos pela previdência como aqueles oriundos da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Por outro lado, a repercussão das condições do trabalho na saúde do trabalhador torna-se matéria pertinente ao MTPS e da Saúde.¹⁴⁶

Além dos serviços de natureza incapacitante, será analisado um dos serviços oferecidos pela previdência social: a reabilitação profissional. Este serviço é responsável pela reabilitação dos segurados acidentados ou portadores de doenças que impedem o exercício da atividade laboral e visa reinseri-los no mercado de trabalho.

Apesar das dificuldades de implementação, será analisado se o serviço de reabilitação da previdência social brasileiro cumpre o seu papel de intervir para a redução e a superação das desvantagens produzidas pelas incapacidades e de atuar na redução do tempo de concessão de benefícios previdenciários.

Este tópico destina-se à explanação dos tipos de benefícios e serviços da Seguridade Social que envolvam a incapacidade, seja parcial ou total, temporária ou definitiva, para, em seguida, investigar a evolução do conceito de invalidez.

No presente tópico, os benefícios por incapacidade serão apresentados e conceituados pelo binômio formado pelo grau da incapacidade, que pode ser: parcial ou total; e pelo período de duração da incapacidade, podendo ser: temporário ou indefinido.¹⁴⁷

---

¹⁴⁶NOVAES FILHO, Wladimir. **Avaliação de incapacidade laborativa:** benefícios previdenciários normas técnicas. São Paulo: LTr, 1998. p. 147.

¹⁴⁷Referindo-se à duração do período da incapacidade, entendemos ser mais adequada a utilização do termo "indefinido" em substituição ao termo "definitivo". O termo "definitivo" não prevê a

Por fim, em relação à profissão, a incapacidade laborativa pode ser uniprofissional – quando o impedimento se refere a apenas uma atividade específica; multiprofissional – quando a incapacidade atinge várias atividades profissionais; omni-profissional – relacionada ao desempenho de toda e qualquer atividade laborativa.

3.2 AUXÍLIO-DOENÇA

3.2.1 Contingência Legal - o grau da incapacidade

O acidente de trabalho é um evento relacionado, diretamente ou não, ao trabalho executado pelo obreiro. Já não mais se trata de um infortúnio no trabalho, mas do trabalho. No que envolve o trabalho, nos limites das legislações, é interpretada a regra pela sua finalidade social, caracterizando-se o acidente para efeito de reparação.¹⁴⁸

Sobre a proteção acidentária no Brasil, Augusto Venturi destaca a forma pela qual o Estado protege o trabalhador:

Um segundo sistema é seguido até agora apenas pelo Brasil e alguns estados da Confederação Americana, nos termos do qual qualquer doença provada que é causada pelo trabalho será indenizável do mesmo modo que os acidentes. Este sistema oferece maiores vantagens, na medida em que qualquer lista rapidamente se torna insuficiente baseada na mudança contínua nos processos industriais e os avanços na ciência médica no campo da etiologia e, como a experiência mostra, não pode ser atualizado continuamente

---

possibilidade de futura reabilitação da incapacidade, fato este que não pode ser desprezado. “Indefinida” significa a incapacidade insuscetível de alteração em prazo previsível, ao menos se considerados os recursos disponíveis àquela época. O termo “definitivo” será utilizado quando se referir à forma utilizada no direito posto, que, nesse caso, será sinônimo de “indefinida”.

¹⁴⁸ FERNADES, Anníbal; FREUDENTHAL, Sérgio Pardal. Acidentes do Trabalho: evolução e perspectivas. In: BALERA, Wagner (coord.). **Curso de Direito Previdenciário em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 118-135.

mesmo quando se tem designado a autoridade executiva em vez de exigir uma nova intervenção do legislador.¹⁴⁹

O benefício do auxílio-doença está previsto na Lei n.º 8.213/91, nos artigos 59 a 64, e é devido para o segurado que se encontre incapacitado para o trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Para sua concessão, é necessária a implementação de dois requisitos: carência e incapacidade.

O critério material da norma jurídica do auxílio-doença manifesta a incapacidade para o trabalho ou para a sua atividade habitual, ou seja, ficar doente. Não se protege propriamente o segurado contra a doença, mas protege-se a capacidade laboral que é afetada em virtude da instalação de uma doença. A doença pode ser entendida sob várias concepções, a saber: biológica (causas mórbidas); de ordem clínica (toda disfunção da qual permanece a causa inicial); anatômica (alteração estrutural acompanhada ou não de disfunção); e, sob a ótica da Previdência Social, representa o fato que faz cessar a capacidade laboral e provoca a necessidade de assistência médica ou farmacêutica.¹⁵⁰

A concessão das prestações de auxílio-doença do Regime Geral de Previdência Social depende da comprovação do período de carência de 12 (doze) contribuições mensais, à exceção dos casos de acidente de qualquer natureza ou causa (de trabalho ou não) e de doença profissional ou do trabalho, como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções específicas em lista elaborada pelo MTPS e Saúde.

---

¹⁴⁹ Tradução nossa. VENTURI, Augusto. **Los fundamentos científicos de la seguridad social**. Madrid: Ministerio do Trabajo e Seguridad social, 1994. p. 153. No original: “Un segundo sistema es el seguido hasta ahora tan solo por Brasil y por algunos Estados de la Confederacion Norteamericana, conforme al cual cualquier enfermedad que se demuestre que es originada por el trabajo resulta indemnizable del mismo modo que los accidentes. Este sistema ofrece mayores ventajas, en la medida en que cualquier lista deviene rápidamente insuficiente en base al continuo cambio de los procesos industriales y a los avances de la ciencia médica en el campo de la etiología y, como demuestra la experiencia, no puede actualizarse continuamente aun cuando se haya atribuido tal facultad al poder ejecutivo en vez de requerir una nueva intervención del legislador”.

¹⁵⁰ HORVATH JR. Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 310-311.

O segundo requisito consiste na incapacidade. O prazo de duração da incapacidade exigida não é permanente, mas temporário, podendo ser total ou parcial, no que se refere ao grau da incapacidade.

Sobre o assunto, ensina Marina Vasques Duarte:

A incapacidade para o trabalho ou atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos: a incapacidade exigida neste caso é, de regra, temporária (seja parcial ou total) e não é permanente e total, como se exige para a concessão de aposentadoria por invalidez. O prognóstico é de que haja recuperação para a atividade habitual ou reabilitação para outra. Distingue-se, ainda, do auxílio-acidente pois para este a incapacidade deve ser parcial (redução da capacidade laborativa) e permanente.¹⁵¹

Por referir-se a uma situação de necessidade social de amplo alcance, daquelas que podem acometer qualquer segurado, independentemente da existência de vínculo trabalhista ou até mesmo da prática de atividade laboral, qualquer segurado do RGPS pode requerer o auxílio-doença. Não há distinção entre os segurados pré-habilitados, tantos os obrigatórios quanto os facultativos. Uma vez acometidos de incapacidade temporal, podem requerer o benefício.

O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação médico-pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensada, nessa hipótese, a realização de nova perícia. Caso o prazo concedido para a recuperação se revele insuficiente, o segurado poderá solicitar a realização de nova perícia médica.¹⁵²

---

¹⁵¹ DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 242.

¹⁵² Art. 78, §§ 1º. E 2º, do Dec. 3.048/99: Art. 78. “O auxílio-doença cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela transformação em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente de qualquer natureza, neste caso se resultar sequela que implique redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. § 1º O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação médico-pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensada nessa hipótese a realização de nova perícia; § 2º Caso o prazo concedido para a recuperação se revele insuficiente, o segurado poderá solicitar a realização de nova perícia médica, na forma estabelecida pelo Ministério da Previdência Social; § 3º O documento de concessão do auxílio-doença conterá as informações necessárias para o requerimento da nova avaliação médico-pericial”.

Por meio do sistema Cobertura Previdenciária Estimada ou Alta Programada (COPEs), o INSS buscou otimizar a forma como vinham sendo realizadas as perícias médicas, evitando que os segurados tivessem de comparecer inúmeras vezes ao INSS para manter ou cessar seu benefício.¹⁵³ Anteriormente a sua instituição, o número de perícias necessárias para a manutenção do benefício por incapacidade era muito superior, o que impactava na agenda médica e dificultava o acesso dos demais segurados.

Mediante a utilização de estudos médicos científicos, os peritos médicos do INSS estabelecem a concessão, o prazo de manutenção e a cessação do benefício por incapacidade, avaliando a relação entre a doença e a atividade laboral desempenhada pelo segurado, observando as características individuais de cada segurado. Na perícia, fixam uma data estimada para a cessação dos benefícios, que poderá ser de até 180 dias.

Numa escala de grau de incapacidade o auxílio-doença exige uma inaptidão menor do que a exigida para a aposentadoria por invalidez. Por esse motivo, o Judiciário vem entendendo que, no caso de o segurado não implementar os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez (incapacidade total e por longo prazo), mas constar nos autos elementos que permitam o deferimento do auxílio-doença, este deverá ser concedido. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE PARCIAL. TERMO INICIAL NA DATA DA CESSAÇÃO INDEVIDA. VERBA HONORÁRIA. AGRAVO LEGAL PARCIALMENTE PROVIDO. I - Agravo legal interposto da decisão monocrática que deu provimento ao apelo Autárquico para julgar improcedente o pedido. II - Sustenta a agravante fazer jus à aposentadoria por invalidez. III - **O laudo pericial conclui pela incapacidade parcial e definitiva que impede o desenvolvimento da atividade habitual, devendo ser tentada a reabilitação para atividade mais leve.** IV - **Embora não preenchidos os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez, há nos autos**

---

¹⁵³ Referido procedimento foi implementado pelo Decreto n.º 5.844/2006, de 13 de julho de 2006, entretanto, o INSS já vinha adotando essa prática desde agosto de 2005, com base em orientação interna do órgão (Orientação Interna - OI INSS/Dirben n.º 130, de 13.10.2005, atualmente revogada pela OI INSS/Dirben n.º 138/2006).

elementos que permitem o deferimento do auxílio-doença. V - Não há como deixar de se reconhecer o seu direito ao benefício previdenciário para que possa se submeter a tratamento, no período de reabilitação profissional. VI - O termo inicial do benefício deve ser mantido na data seguinte à cessação administrativa, uma vez que o conjunto probatório revela a presença das enfermidades incapacitantes desde aquela época. VII - Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação, até a sentença (Súmula n.º 111, do STJ), de acordo com o entendimento desta Colenda Turma. VIII - Agravo legal parcialmente provido.¹⁵⁴ (grifo do autor).

Com relação ao termo final do auxílio-doença, o artigo 62, da Lei n.º 8.213/91 marca as hipóteses:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Segundo Marina Vasques Duarte, pela leitura do texto legal podemos encontrar quatro formas de extinção:

- a) restabelecimento do segurado;
- b) conversão em aposentadoria por invalidez, quando constatada a irrecuperabilidade do estado incapacitante, ou auxílio-acidente; se a sequela implicar redução da capacidade funcional;
- c) habilitação do obreiro para o desempenho de outra atividade que lhe garanta a subsistência, após a realização de processo de reabilitação profissional;
- d) conversão em aposentadoria por idade, desde que requerida pelo segurado e observada a carência exigida.¹⁵⁵

¹⁵⁴ TRF3. AC - Apelação Cível 1494380.

¹⁵⁵ DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 239.

Por outro lado, é importante destacar que, caso o segurado exerça mais de uma atividade e se incapacitar definitivamente para uma delas, deverá o auxílio-doença ser mantido indefinidamente, não cabendo sua transformação em aposentadoria por invalidez, enquanto essa incapacidade não se estender às demais atividades.

3.2.2 Tipos de Auxílio-Doença

O auxílio-doença acidentário decorre de acidentes do trabalho¹⁵⁶ e seus equiparados, doença profissional e doença do trabalho.¹⁵⁷ Já o auxílio-doença originário se refere aos demais casos de origem não ocupacional.¹⁵⁸ Essa distinção se faz necessária, pois no auxílio-doença acidentário não é exigida carência e, se for ocasionado por acidente de trabalho ou doença ocupacional, exige a emissão da Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT). No segundo caso, somente será dispensada a carência se for oriundo de doença não ocupacional ou das doenças constantes em lista específica. Excetuada as hipóteses citadas, a carência será de 12 (doze) meses.

O segurado em gozo do auxílio está obrigado, independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a

---

¹⁵⁶ Conforme artigo 19 da Lei n.º 8.213/91, acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. As doenças ocupacionais equiparam-se ao acidente de trabalho.

¹⁵⁷ Doença ocupacional são as doenças ocorridas em virtude da atividade do trabalhador. São equiparadas ao acidente de trabalho, dividindo-se em doença profissional e do trabalho. Doença profissional é a produzida pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante na respectiva relação abordada pelo MPS, a doença do trabalho é adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado, e com ele se relacionar diretamente. (KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 404).

¹⁵⁸ Art. 30, parágrafo único do Decreto n.º 3.048/99, de 6 de maio de 1999. “A doença de origem não ocupacional é aquela traumática e por exposição a agentes físicos, químicos ou biológicos, que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a perda ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa”.

cargo da previdência social e a processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, exceto cirúrgico e transfusão de sangue, que são facultativos.¹⁵⁹

Caso o segurado em gozo de auxílio-doença esteja insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para exercício de outra atividade, não cessando o benefício que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez.¹⁶⁰

3.3 AUXÍLIO-ACIDENTE

3.3.1 Objeto de Proteção

O auxílio acidente é o benefício concedido como forma de indenização ao segurado empregado, ao trabalhador avulso, ao segurado especial e ao doméstico quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequela de grau de incapacidade parcial e definitiva (por período indefinido), conforme as situações discriminadas no anexo III do Decreto n.º 3.048/99, que implique:

- a) redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia;
- b) redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia e exigência maior de esforço para o desempenho da mesma atividade que exercia na época do acidente;
- c) impossibilidade de desempenho da atividade que exercia na época do acidente, mas que permita o desempenho de outra, após processo de

---

¹⁵⁹ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 404.

¹⁶⁰ A conversão em aposentadoria por invalidez bem como a cessação da incapacidade e a transformação em auxílio-acidente configuram-se hipóteses de cessão do benefício de auxílio-doença.

reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia médica do INSS.

O auxílio-acidente, diferentemente do auxílio-doença, possui função indenizatória ¹⁶¹ e não substitui a remuneração decorrente do trabalho, a incapacidade é por tempo indeterminado, no entanto, é parcial. Não é necessário a invalidez do segurado (incapacidade total e definitiva), e sim uma diminuição da capacidade de trabalho que habitualmente exercia à época do acidente.

3.3.2 Duração da Incapacidade

No que se refere a definição da hipótese de incidência do auxílio-acidente, existe um conflito entre o disposto na Lei n.º 8.213/91 e o Decreto n.º 3.048/99. Na descrição da contingência social para concessão do benefício, o artigo 86¹⁶² da Lei não exige que a sequela decorrente do acidente seja definitiva, por outro lado, o art. 104¹⁶³ do Decreto n.º 3.048/99 inclui tal requisito.

Coube ao Judiciário resolver o conflito e pacificar o entendimento. Em recurso repetitivo, RESP 1.112.886, decidiu-se que este benefício deve ser concedido mesmo no caso em que a sequela seja reversível:

---

¹⁶¹ Como o auxílio-acidente não é substitutivo da remuneração do trabalho, possuindo apenas aspecto indenizatório, poderá ser concedido em valor inferior ao salário mínimo. O valor de benefício é de 50% (cinquenta por cento) do salário de benefício que deu origem ao auxílio-doença.

¹⁶² Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução na capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

¹⁶³ Art. 104. “O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequela definitiva, conforme as situações discriminadas no anexo III”.

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REQUISITOS: COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE E DA REDUÇÃO PARCIAL DA CAPACIDADE DO SEGURADO PARA O TRABALHO. DESNECESSIDADE DE QUE A MOLÉSTIA INCAPACITANTE SEJA IRREVERSÍVEL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PARECER MINISTERIAL PELO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Nos termos do art. 86 da Lei n.º 8.213/91, para que seja concedido o auxílio-acidente, necessário que o segurado empregado, exceto o doméstico, o trabalhador avulso e o segurado especial (art. 18, § 1o. da Lei n.º 8.213/91), tenha redução permanente da sua capacidade laborativa em decorrência de acidente de qualquer natureza. 2. Por sua vez, o art. 20, I da Lei n.º 8.213/91 considera como acidente do trabalho a doença profissional, proveniente do exercício do trabalho peculiar à determinada atividade, enquadrando-se, nesse caso, as lesões decorrentes de esforços repetitivos. 3. Da leitura dos citados dispositivos legais que regem o benefício acidentário, constata-se que não há nenhuma ressalva quanto à necessidade de que a moléstia incapacitante seja irreversível para que o segurado faça jus ao auxílio-acidente. 4. **Dessa forma, será devido o auxílio-acidente quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução de natureza permanente da capacidade laborativa e a atividade profissional desenvolvida, sendo irrelevante a possibilidade de reversibilidade da doença.** Precedentes do STJ. 5. Estando devidamente comprovado na presente hipótese o nexo de causalidade entre a redução parcial da capacidade para o trabalho e o exercício de suas funções laborais habituais, não é cabível afastar a concessão do auxílio-acidente somente pela possibilidade de desaparecimento dos sintomas da patologia que acomete o segurado, em virtude de tratamento ambulatorial ou cirúrgico. 6. Essa constatação não traduz, de forma alguma, reexame do material fático, mas sim valoração do conjunto probatório produzido nos autos, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula 7 desta Corte. 7. Recurso Especial provido¹⁶⁴ (grifo nosso).

Compulsando o inteiro teor do decisório, aduz o segurado que, em decorrência das condições agressivas a que ficou submetido em seu local de trabalho, tornou-se portador de tendinite no ombro direito, com irradiação no membro superior direito, reduzindo sua capacidade funcional de forma parcial e permanente, fazendo jus à concessão de auxílio-acidente.

---

¹⁶⁴ STJ - REsp: 1112886 SP 2009/0055367-6, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 25/11/2009, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 12/02/2010.

O Magistrado de 1ª instância considerou a conclusão do laudo pericial de que o *obreiro* padece também de ombro doloroso à direita decorrente de tendinite do supra e infra espinhal, associado à bursite subacromial/subdelatóidea, reconhecendo o experto a concausalidade ocupacional. Entretanto, julgou improcedente o pedido por entender ausente a incapacidade parcial e permanente do segurado, por ser a lesão leve e com possibilidade de tratamento.

Dessa forma, estando devidamente comprovado, na presente hipótese, o nexo de causalidade entre a redução parcial da capacidade para o trabalho e o exercício de suas funções laborais habituais, não é cabível afastar a concessão do auxílio-acidente somente pela possibilidade de desaparecimento dos sintomas da patologia que acomete o segurado, em virtude de tratamento ambulatorial ou cirúrgico.

Uma coisa é existir a redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia; outra, saber se essa incapacidade irá persistir por um prazo indefinido. Acreditamos que para a concessão do benefício é necessária apenas a ocorrência da primeira situação, a segunda não se refere a um critério de concessão, mas a um critério de duração do benefício e, para isso, quem dirá o prazo são as hipóteses de cessação e ou suspensão do benefício.

3.3.3 Segurados Pré-Habilitados

Com relação aos segurados pré-habilitados a receberem o auxílio-acidente, constam aqueles que geram contribuição para o SAT/GILRAT. Isso significa que aqueles que possuem direito ao recebimento do auxílio-acidente devem previamente contribuir para os sistemas de acidente de trabalho, como forma de custear essa prestação estatal, um exemplo claro da regra da contrapartida.¹⁶⁵

---

¹⁶⁵ A regra da contrapartida é o termo utilizado pelo Prof. Wagner Balera para definir o que outros doutrinadores denominam de Princípio da Preexistência do Custeio em Relação a Benefícios e

No caso do empregado doméstico, a EC 72/2013 o incluiu no rol dos segurados que podem pleitear o benefício. Para tanto, trouxe também a previsão da contribuição 0,8%, por parte do empregador, para tal custeio.

Com relação aos requisitos específicos é necessário o laudo médico da perícia do INSS confirmando a redução da capacidade laborativa do segurado em decorrência de acidente de qualquer natureza. No caso do segundo requisito a carência não é exigida.

Antes da Lei n.º 9.528/97, de 10 de dezembro de 1997, o benefício do auxílio-acidente era vitalício, podendo também ser acumulado com as aposentadorias do RGPS. Essa Lei, no entanto, alterou a fórmula de cálculo da aposentadoria precedida de auxílio-acidente, incorporando o valor desse benefício no salário de contribuição para cálculo do valor da aposentadoria.¹⁶⁶ Em contrapartida, vedou a acumulação desses dois benefícios, salvo direito adquirido.¹⁶⁷

Entende a AGU que, para a acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria, a lesão incapacitante e a concessão da aposentadoria devem ser anteriores às alterações inseridas pelo artigo 86 da Lei n.º 8.213/91 e pela Lei n.º 9.528/97 (Súmula 65 da AGU - 05/05/12). Para que seja caracterizado o direito adquirido à cumulação dos dois benefícios é necessário, de acordo com o entendimento sumulado pela AGU, que tanto a incapacidade geradora do auxílio-acidente quanto a concessão da aposentadoria sejam anteriores à mudança legislativa.

Serviços. No tema dos princípios da Seguridade Social, Wagner Balera pauta seu estudo na divisão entre valor, princípio e regra. Segundo o autor, os princípios são aqueles definidos no parágrafo único do artigo 194 da CF, no caso da contrapartida esta é definida como regra (art. 195, §5º da CF), daquelas que muito se aproximam dos princípios: "Há princípios que se aproximam das regras e, igualmente, regras que se equiparam a princípios" (BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 80-85).

¹⁶⁶ A aposentadoria aqui se apresenta como uma das formas de cessação do auxílio-acidente; a outra é o evento morte.

¹⁶⁷ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 414.

3.4 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

3.4.1 Noções Gerais

Abordaremos esse tópico nos mesmos moldes dos benefícios anteriores, valorizando as características de cada benefício no que se refere ao grau da incapacidade exigido para o deferimento. Nesse primeiro momento, faremos apenas uma explanação sobre os critérios de concessão para, em seguida, analisarmos as mudanças semânticas da invalidez.

Aposentadoria por invalidez exige maior grau de incapacidade em relação aos auxílios. Aqui consideramos o termo “invalidez” como um grau elevado de incapacidade. Não há de se falar uma invalidez parcial, pois o conceito de invalidez já indica uma pessoa enferma, que não pode trabalhar; nula, insubsistente. Ou seja, uma pessoa que, por velhice ou enfermidade, é incapaz de trabalhar. Pela concepção tradicional, na invalidez não existe capacidade de trabalho residual.

Sob o ponto de vista estritamente médico-pericial, a invalidez é conceituada como uma incapacidade total, permanente, multiprofissional e insuscetível de reabilitação que garanta a subsistência do segurado.¹⁶⁸

Nesse caso, de acordo com o entendimento tradicional, se o trabalhador possuir alguma sequela, por prazo indeterminado, que o impeça de bem desenvolver as suas atividades laborais e de grau abaixo de 100%, deve perceber o benefício de auxílio acidente;¹⁶⁹ em caso de ser total sequela definitiva, eis a hipótese de concessão do benefício máximo.¹⁷⁰

---

¹⁶⁸ **Manual de Perícia Médica da Previdência Social**, aprovado pela Orientação Interna INSS/DIRBEN n.º 73, 31 de outubro de 2002. p. 42.

¹⁶⁹ Com opinião diversa sobre o tema, para Aragonés Viana a incapacidade para a profissão desenvolvida garante a concessão do benefício, não importando se, posteriormente, o segurado

Por esse motivo, pelo conceito ordinário a expressão invalidez é utilizada para uma incapacidade total; e a palavra incapacidade, para relativizar o grau de comprometimento das funções do indivíduo. Portanto, esta última pode assumir o adjetivo “parcial”. No entanto, veremos mais adiante que esse conceito, para fins previdenciários, atinge outra conotação. Dessa forma, acreditamos que o risco social envolvido na aposentadoria por invalidez é a incapacidade para o trabalho.

3.4.2 Requisitos Legais

Partindo do disposto no artigo 42, da Lei n.º 8.213/91, a aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Assim como em qualquer benefício por incapacidade, é requisito obrigatório para concessão a existência do laudo médico do INSS atestando o fato descrito na norma como desencadeador do benefício. O que é exigido pelo artigo 42 da Lei do Plano de Benefícios é ser considerado “incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência”.

Desta forma, qualquer atividade laboral desenvolvida pelo segurado após o deferimento do benefício retira-lhe o direito de continuar recebendo. No entanto, existem julgados que não comungam desse entendimento. Vejamos:

---

venha a exercer atividade informal ou subemprego. Mesmo diante dessa situação as condições do benefício ainda perduram, devendo o mesmo ser mantido. (VIANA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr. 2007).

¹⁷⁰ RUBIN, Fernando. **Benefícios por incapacidade no Regime Geral de Previdência Social: questões centrais de direito matéria e de direito processual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PREVIDENCIÁRIO. VEREADOR. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. É possível a percepção conjunta dos subsídios da atividade de vereança com os proventos de aposentadoria por invalidez, por se tratar de vínculos de natureza diversa, uma vez que, a incapacidade para o trabalho não significa, necessariamente, invalidez para os atos da vida política. 2. Agravo interno ao qual se nega provimento.¹⁷¹

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DO ART. 557, § 1º, DO CPC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. VEREADOR. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. I - O exercício de mandato eletivo não configura o retorno à atividade laborativa, sendo possível a cumulação de proventos e benefício previdenciário. II - Agravo interposto pelo réu, na forma do art. 557, § 1º do CPC, improvido.¹⁷²

Em ambos os casos, o julgador defende que o agente político, no caso dos autos, o vereador, não mantém vínculo profissional para com a Administração Pública, sendo o exercício das atividades de vereança um *munus* público, ainda que considerada, para fins previdenciários, de contribuição obrigatória. Como se sabe, para as atividades de vereador não há necessidade de capacitação técnica ou profissional, o que afastaria, por si só, a condição de invalidez e, como consequência, o direito ao benefício.

Defende ainda que o vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional mas de natureza política. Exercem um *munus* público. Vale dizer que o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e, por isso, candidatos possíveis à condução dos destinos da sociedade.

Não concordamos com esse entendimento. O certo é que o artigo 46 da Lei de Benefícios determina que “o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria por invalidez automaticamente cancelada, a partir da data do retorno”, isto é, se o segurado volta a exercer atividade laborativa, o benefício é cancelado imediatamente, já que não persiste

¹⁷¹ STJ - AgRg no Ag: 1027802 RS 2008/0059094-4, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 15/09/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/09/2009.

¹⁷² TRF-3 - AC: 2187 SP 0002187-21.2012.4.03.6117, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 11/02/2014, DÉCIMA TURMA.

mais uma das condições para a manutenção da aposentadoria, qual seja, a incapacidade para o trabalho.

Sobre o assunto, Alonso Olea e Tortuero Plaza também defendem a estrita do benefício de aposentadoria com a impossibilidade de obter rendimentos do trabalho. Vejamos:

Tomado em sua totalidade o risco de invalidez - considerado doença prolongada - ou - envelhecimento prematuro - e sempre dominado pela ideia de que a sua característica definidora é a redução ou eliminação da possibilidade para obter rendimentos do trabalho.¹⁷³

O benefício possui como pressuposto justamente a incapacidade laboral do segurado. Se ele retorna à atividade, mesmo que vinculada a outro regime de previdência, sem solicitar a realização de nova atividade médico-pericial, deve ter seu benefício cancelado.¹⁷⁴

Aqui adequa-se perfeitamente o pensamento de Daniel Pulino:

Justamente por isso é que temos insistido que o regime jurídico, assim como quaisquer definições jurídicas, só pode ser desvendado a partir dos dados do direito positivo, não podendo ser tomadas como premissas válidas ideias pré-concebidas, ainda que amplamente divulgadas, mas que não encontrem correspondência com aquilo que estabeleceram a Constituição e as leis.¹⁷⁵

---

¹⁷³ Tradução nossa. OLEA, Manuel Alonso; PLAZA, José Luiz Tortuero. **Instituciones de seguridad social**. 14. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995. p. 260. No original: "Tomado en su totalidad el riesgo de invalidez - considerado como enfermedad prolongada - o como - vejez premature -, y siempre dominado por la idea de que su rasgo definitorio es la reducción o eliminación de la posibilidad de obtener rentas de trabajo".

¹⁷⁴ DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 173.

¹⁷⁵ DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 139.

No presente caso, existe forte distorção do conceito de invalidez ao permitir que aquele considerado inválido receba rendimentos decorrentes de uma atividade laboral cumulados ao benefício de natureza incapacitante. Aqui, o que foi atingido não foi um critério periférico como carência ou duração da enfermidade, o que se torceu foi o ponto central do benefício, a própria invalidez e sua relação com a capacidade laboral.

Além da incapacidade médica laboral, para concessão da aposentadoria por invalidez, são necessárias 12 contribuições mensais, sendo, contudo, dispensada nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa, doença profissional ou do trabalho e de doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelo governo federal.¹⁷⁶

A referida lista exime o segurado de comprovar a carência, e não o laudo médico. A lista de doenças não enumera enfermidades que dispensam o laudo do médico perito do INSS; o que se escusa, é o período mínimo de contribuições para a habilitação ao benefício.

O artigo 59 da Lei n.º 8.213/91 prevê que a doença ou a lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao RGPS não lhe dará direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

No entanto, a súmula 53 da TNU dispõe que: “Não há direito a auxílio-doença ou a aposentadoria por invalidez quando a incapacidade para o trabalho é preexistente ao reingresso do segurado no Regime Geral de Previdência Social”. Desta forma, o segurado que perde sua qualidade e durante esse período fica incapaz para o trabalho, mesmo que retorne as contribuições ao RGPS, não terá direito ao benefício de aposentadoria por invalidez.

---

¹⁷⁶ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 355-362.

3.4.3 Grande Invalidez

Em alguns casos (listados no Anexo I do Decreto n.º 3.048/99) o valor da aposentadoria por invalidez será acrescido em 25% (vinte e cinco por cento) nos casos em que necessitar de assistência permanente de outra pessoa,¹⁷⁷ esse valor é devido mesmo que ultrapasse o teto do salário de contribuição do RGPS. Lembrando que essa vantagem não é transmitida para pensão e cessa com a morte do segurado.

A título ilustrativo, segue a lista das doenças constantes no Anexo I do Decreto n.º 3.048/99:

- 1 - Cegueira total.
- 2 - Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta.
- 3 - Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores.
- 4 - Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível.
- 5 - Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível.
- 6 - Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível.
- 7 - Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social.
- 8 - Doença que exija permanência contínua no leito.
- 9 - Incapacidade permanente para as atividades da vida diária.

---

¹⁷⁷ Artigo 45 da Lei n.º 8.213/91: Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento). Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo: a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal; b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado; c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão.

Daniel Pulino define esses casos de grande invalidez como:

A necessidade sentida pelo segurado nos casos de grande invalidez consiste em não ser ele capaz de realizar, por si, as atividades exigidas no dia a dia de sua vida. Vê-se, portanto, que o parâmetro a ser levado em conta pela perícia, aqui, implica um grande acréscimo na perspectiva médico-pericial que se opera para aferir a aposentadoria por invalidez, na qual se tem em mira, apenas, a capacidade de ganho do trabalhador.¹⁷⁸

É relevante ainda esclarecer que o fato gerador do benefício é o de “necessitar da assistência permanente de outra pessoa”. Portanto, não importa quem é a pessoa que irá prestar a ajuda, podendo ser parente ou qualquer outra que tenha obrigação de prestar a assistência, a necessidade de assistência é suficiente para receber o adicional.

Um conflito se apresenta quando se questiona se o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) está vinculado apenas ao benefício de aposentadoria por invalidez ou se poderia ser concedido como complementar a qualquer outro do RGPS.

Existe uma corrente que defende que, caso o segurado necessite da ajuda de um terceiro durante o período de recebimento de qualquer outro benefício, ele não fará *jus* ao adicional. Esse entendimento era predominante na doutrina e na jurisprudência, no entanto, a Turma Nacional de Uniformização na sessão de 11 de março de 2015, entendeu que deve ser aplicado o princípio da isonomia, ou seja, da igualdade entre as pessoas.

A Turma Nacional nos autos do processo 0501066-93.2014.4.05.8502 concluiu que o percentual, na verdade, é um adicional previsto para assistir àqueles que necessitam de auxílio de outra pessoa, não importando se a invalidez decorre de fato anterior ou posterior à aposentadoria.

---

¹⁷⁸ PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 173.

No julgado citado, o Desembargador Vitor Roberto Corrêa de Souza pontua:

Contudo, o atual modelo de proteção social não se mantém a partir de posturas mecanicistas de aplicação meramente literal dos conceitos legais, mas, isto sim, demanda uma atuação cada vez mais participativa do Judiciário no processo de desenvolvimento e de aperfeiçoamento do sistema previdenciário.

Nesse passo, a interpretação meramente literal do dispositivo acima invocado pode causar distorções na garantia que se pretendeu conferir aos portadores de enfermidades com alta potencialidade incapacitante, igualmente dependentes de ajuda alheia.

Com isto, quer-se dizer que, no entendimento deste relator, a especial proteção destinada àqueles que dependem de assistência permanente de terceiros deve ser assegurada a todas as categorias de aposentados do RGPS, e não só aos aposentados por motivo de invalidez. [...]

Por tudo quanto fora exposto nestas razões, em nome dos postulados da igualdade e da dignidade da pessoa humana e defronte de uma evidente situação de necessidade, curvo-me à inafastável conclusão de que o acréscimo previsto no art. 45 da Lei n.º 8.213/91 deve ser garantido a todo segurado – que necessitar da assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria de que é beneficiário.

Por fim, reitero a aplicação do princípio da proibição da vedação da proteção deficiente a exigir que o legislador trate de maneira adequada a proteção aos direitos humanos. Assim, efetivamente, há uma omissão legal que pode ser deduzida diretamente da Constituição e que, portanto, pode ser sanada pelo Poder Judiciário, de modo que aquele aposentado que precise de ajuda de uma terceira pessoa, pela sua peculiar condição atual de invalidez, faça jus a um acréscimo no seu benefício previdenciário.

[...]

Destarte, não pode haver diferença para concessão do acréscimo de 25%, tanto para aposentadoria por invalidez, quanto para qualquer outra modalidade de aposentadoria, desde que comprovada a necessidade pelo segurado da assistência permanente de terceira pessoa, pois qualquer interpretação diferente afrontaria a igualdade entre os aposentados e a dignidade da pessoa humana, por colocar em risco a garantia das condições existenciais mínimas.

Em recente julgado, o TRF da 4ª Região se alinha ao pensamento da TNU.

Transcreve-se:

PREVIDENCIÁRIO. ART. 45 DA LEI DE BENEFÍCIOS. ACRÉSCIMO DE 25% INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. NATUREZA ASSISTENCIAL DO ADICIONAL. CARÁTER PROTETIVO DA NORMA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DESCOMPASSO DA LEI COM A REALIDADE SOCIAL. 1. A possibilidade de acréscimo de 25% ao valor percebido pelo segurado, em caso de este necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia. 2. A doença, quando exige apoio permanente de cuidador ao aposentado, merece igual tratamento da lei a fim de conferir o mínimo de dignidade humana e sobrevivência, segundo preceitua o art. 201, inciso I, da Constituição Federal. 3. A aplicação restrita do art. 45 da Lei n.º 8.213/1991 acarreta violação ao princípio da isonomia e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, por tratar iguais de maneira desigual, de modo a não garantir a determinados cidadãos as mesmas condições de prover suas necessidades básicas, em especial quando relacionadas à sobrevivência pelo auxílio de terceiros diante da situação de incapacidade física ou mental. 4. O fim jurídico-político do preceito protetivo da norma, por versar de direito social (previdenciário), deve contemplar a analogia teleológica para indicar sua finalidade objetiva e conferir a interpretação mais favorável à pessoa humana. A proteção final é a vida do idoso, independentemente da espécie de aposentadoria. 5. O acréscimo previsto na Lei de Benefícios possui natureza assistencial em razão da ausência de previsão específica de fonte de custeio e na medida em que a Previdência deve cobrir todos os eventos da doença. 6. O descompasso da lei com o contexto social exige especial apreciação do julgador como forma de aproximá-la da realidade e conferir efetividade aos direitos fundamentais. A jurisprudência funciona como antecipação à evolução legislativa. 7. A aplicação dos preceitos da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência assegura acesso à plena saúde e assistência social, em nome da proteção à integridade física e mental da pessoa deficiente, em igualdade de condições com os demais e sem sofrer qualquer discriminação.¹⁷⁹

---

¹⁷⁹ TRF/4, AC 0017373-51.2012.404.9999/RS, 5ª Turma, Des. Federal Rogério Favreto, de 16.09.2013.

Observamos aqui a aplicabilidade do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ao permitir a concessão do adicional de 25% aos demais segurados do RGPS que não guardam relação com a aposentadoria por invalidez. O princípio é aplicado visando proteger minimamente os segurados de uma situação de extrema gravidade e necessidade de ajuda de terceiros.

3.5 HABILITAÇÃO E REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

3.5.1 Funções Básicas

As prestações previdenciárias são predominantemente associadas aos benefícios, ao pagamento de um determinado valor para suprir a situação de contingência social na qual se encontre o segurado ou seus dependentes. Mas a reabilitação profissional é diferente, pois significa uma prestação previdenciária na modalidade serviço. Prevista no artigo 89, da Lei n.º 8.213/91, a reabilitação profissional deve ser prestada por meio das seguintes funções básicas:

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

Parágrafo único. A reabilitação profissional compreende:

a) o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional;

b) a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados no inciso anterior, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário;

c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.

Cumpra inicialmente distinguirmos a habilitação profissional da reabilitação profissional. O primeiro caso se refere à preparação de uma pessoa inapta para exercer atividades que nunca desempenhou, por incapacidade física ou deficiência hereditária. No segundo caso, a pessoa já teve aptidão para desempenhar alguma atividade, todavia, por enfermidade ou acidente, a perdeu.

3.5.2 Requisitos Básicos

Diante do conceito, os deficientes serão habilitados a exercer uma atividade e aqueles acidentados ou enfermos, que antes desempenhavam alguma função, serão reabilitados.

O *caput* do artigo 89 da Lei dos Benefícios indica a quem se destinam esses serviços “proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho”. Notamos que aqui o termo utilizado foi “beneficiário”, por esse motivo, estão incluídos como destinatários dos serviços tanto os segurados quanto seus dependentes.

Dentre os sujeitos que irão fruir de tal benefício, a legislação impõe aos aposentados por invalidez,¹⁸⁰ os em gozo de auxílio-doença,¹⁸¹ e os dependentes inválidos que recebem benefícios¹⁸² a obrigação de submeter-se ao processo de reabilitação.

---

¹⁸⁰ Decreto n.º 3.048/99, Art. 46: “O segurado aposentado por invalidez está obrigado, a qualquer tempo, sem prejuízo do disposto no parágrafo único e independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos”.

¹⁸¹ Decreto n.º 3.048/99, Art. 77. “O segurado em gozo de auxílio-doença está obrigado, independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos”.

¹⁸² Decreto n.º 3.48/99, Art. 109. “O pensionista inválido está obrigado, independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência

Os requisitos para concessão desta prestação previdenciária são os mesmos de qualquer benefício: a carência e a contingência social. A carência é dispensada,¹⁸³ necessitando apenas ser segurado ou dependente. Quanto ao segundo requisito, o beneficiário deverá estar incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, aqui se incluem os que estão em gozo de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Com relação ao momento do esgotamento da prestação da habilitação e reabilitação profissional, Miguel Horvath Júnior ensina:

A obrigação da previdência social extingue-se com a conclusão do processo de habilitação ou reabilitação social/profissional desenvolvida mediante cursos e/ou tratamento na comunidade, culminando na expedição do certificado individual de habilitação ou reabilitação, indicando a função para a qual o reabilitado foi capacitado profissionalmente, sem prejuízo do exercício de outra para qual se julgue capacitado.¹⁸⁴

Após a emissão do certificado está encerrada a relação entre o beneficiário e a Previdência Social, não constituindo obrigação desta a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua colocação em outro para o qual foi reabilitado.¹⁸⁵ O que a previdência deve fazer é a articulação com a comunidade com vistas ao levantamento da oferta de mercado de trabalho, ao direcionamento da programação profissional e à possibilidade de reingresso do reabilitado no mercado formal.

---

social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

¹⁸³ Decreto n.º 3.048/99, Art. 30. Independe de carência a concessão das seguintes prestações: [...] V - reabilitação profissional”.

¹⁸⁴ HORVATH JR. Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 111- 115

¹⁸⁵ Decreto n.º 3.048/99, Art. 140. “Concluído o processo de reabilitação profissional, o Instituto Nacional do Seguro Social emitirá certificado individual indicando a função para a qual o reabilitando foi capacitado profissionalmente, sem prejuízo do exercício de outra para a qual se julgue capacitado. § 1º Não constitui obrigação da previdência social a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua colocação em outro para o qual foi reabilitado, cessando o processo de reabilitação profissional com a emissão do certificado a que se refere o **caput**.”

Um exemplo da alocação de habilitados no mercado de trabalho encontra-se na exigência do artigo 93 da Lei n.º 8.213/91, que obriga a empresa com mais de 100 (cem) empregados a possuir um percentual que varia de 2% a 5% de pessoas beneficiárias reabilitadas ou pessoas portadoras de deficiência:

Art. 93. A empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher de dois por cento a cinco por cento de seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- I - até duzentos empregados, dois por cento;
- II - de duzentos e um a quinhentos empregados, três por cento;
- III - de quinhentos e um a mil empregados, quatro por cento; ou
- IV - mais de mil empregados, cinco por cento.

§ 1º A dispensa de empregado na condição estabelecida neste artigo, quando se tratar de contrato por tempo superior a noventa dias e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condições semelhantes.

O mesmo dispositivo, em seu parágrafo primeiro, garante ainda que a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

3.5.3 A influência na Aposentadoria por Invalidez

A influência do serviço de habilitação e reabilitação profissional no conceito de invalidez é determinante. O artigo 62 da Lei dos Benefícios define o seguinte:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

No caso do auxílio doença a reabilitação é que determinará aquele que se recuperou e aquele que não teve condições de recuperação e, portanto, será considerado inválido e apto ao recebimento da aposentadoria. Por esse motivo, a aposentadoria por invalidez consiste num benefício devido ao segurado que for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Assim, a impossibilidade de reabilitação profissional aparece como verdadeiro pressuposto da aposentadoria por invalidez.¹⁸⁶

O nó górdio se encontra exatamente nos critérios em que a reabilitação profissional se utiliza para definir o inválido. É sabido que a questão médica se configura determinante, porque analisa se a incapacidade é grave a ponto de o segurado encontrar-se impossibilitado para desempenhar suas atividades da vida independente e laboral.

O programa de reabilitação é oferecido ao beneficiário de auxílio-doença (entre outros) pelo INSS, mediante prévia avaliação médica que conclua se referir a segurado com indicação para a realização desse programa. De acordo com o Manual de Perícia Médica da Previdência Social:

---

¹⁸⁶ Precedentes jurisprudenciais: STJ, 6.^a Turma, RESp 621.331/PI, Rel. Paulo Gallotti, D.J. 07/11/2015; STJ, 5.^a Turma, RESp 226.094/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, D.J. 15.05.2000.

A seleção da clientela para o encaminhamento à Reabilitação Profissional deverá pautar-se na análise do conjunto de variáveis que caracterizam cada caso, tais como: faixa etária, escolaridade, tipo de limitação (sequela definitiva), acomodação ao benefício, perspectivas definidas de capacitação para o trabalho a curto e médio prazos e possibilidade de absorção pelo mercado de trabalho.¹⁸⁷

Por outro lado, o critério da escolaridade também serve de fator para definir se o segurado pode ou não ser reabilitado. Em muitos casos, o segurado trabalhador enfermo ou acidentado que busca recuperar a capacidade de exercer a sua atividade habitual não pode ser reabilitado – não por causa uma questão de não recuperação da doença incapacitante –, mas por não possuir um nível de escolaridade necessário para cumprir com o programa de reabilitação profissional oferecido pelo Estado.

Corroborando tais argumentos, segue uma pequena colagem de julgados sobre o assunto:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE LABORAL DEMONSTRADA. CONDIÇÕES PESSOAIS. AGRICULTOR. VITILIGO. PROIBIÇÃO DE EXPOSIÇÃO AO SOL. TERMO INICIAL. Constatada a incapacidade para as atividades habituais do autor, agricultor, considerando-se a proibição de exposição ao sol, e levando-se em conta que as condições pessoais do segurado (idade avançada, sem qualificação profissional e baixa escolaridade) inviabilizam sua reabilitação profissional, é devida a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, desde a data da cessação do benefício de auxílio-doença (13/07/2013).¹⁸⁸

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE LABORAL. TERMO INICIAL. 1. Tratando-se de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o Julgador firma sua convicção, via de regra, por meio da prova pericial. 2. Considerando as conclusões do perito judicial no sentido de que a parte autora está definitivamente incapacitada para o exercício de suas atividades laborativas habituais e ponderando, também, acerca de suas condições pessoais - especialmente tendo em vista conta 59 anos de idade, possui baixa escolaridade e qualificação profissional restrita -, mostra-se inviável a sua reabilitação, razão pela qual é

---

¹⁸⁷ **Manual de Perícia Médica da Previdência Social**, aprovado pela Orientação Interna INSS/DIRBEN n.º 73, 31 de outubro de 2002.

¹⁸⁸ TRF-4 - AC: 193443720134049999 RS 0019344-37.2013.404.9999, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 07/05/2014, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 21/05/2014.

devido o benefício de aposentadoria por invalidez. 3. Tendo o conjunto probatório apontado a existência da incapacidade laboral desde a época do requerimento administrativo, o benefício é devido desde então.¹⁸⁹

Passando a análise sobre o teor das decisões, com relação ao primeiro caso não se discute a condição de segurado da parte autora, restringindo-se a controvérsia à existência, ou não, de incapacidade para o exercício de atividades laborais. A sentença recorrida concedeu à parte autora o benefício de auxílio-doença, reconhecendo a incapacidade temporária para exercer a atividade rural.

O perito confirmou que o autor apresenta fraturas múltiplas no tórax (CID 10 S22.4) com dor residual e cervicobraquialgia (CID 10 M53.1), dor lombar (CID 10 M79.1), além de doença de pele chamada vitiligo generalizado (CID 10 L 80.0). O Sr. Perito afirmou ainda que o autor apresenta incapacidade para desenvolver suas atividades profissionais. No entanto, enfatizou que a incapacidade é temporária, tendo como tempo estimado para recuperação o prazo de aproximadamente 10 a 12 meses.

No entanto, no exame dos autos verifica-se que o autor, agricultor, atualmente com 53 anos de idade, é portador de vitiligo (CID L80), sendo que, conforme constatado pela perícia, apresenta sequelas de fraturas múltiplas no tórax (CID 10 S 22.4), dor residual e cervicobraquialgia (CID 10 M 53.1), dor lombar (CID 10 M 79.1). O *expert* esclareceu ainda que “a proibição da exposição solar é permanente”.

Considerando-se as condições pessoais do autor – idade avançada, agricultor, sem qualificação profissional e baixa escolaridade – vê-se como inviável sua reabilitação profissional. Neste contexto, conclui o relator, é perfeitamente possível concluir que a doença apresentada pelo segurado o incapacita, efetivamente, para o exercício de suas atividades na agricultura, na medida em que não pode se expor ao sol e nem exercer a atividade física plena que a profissão exige. Devida, portanto, a concessão da aposentadoria por invalidez.

---

¹⁸⁹ TRF-4 - APELREEX: 233071920144049999 PR 0023307-19.2014.404.9999, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 25/03/2015, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 31/03/2015.

Com relação ao segundo caso, vale destacar o fundamento jurídico da incapacidade laboral. Afirma o julgador que se referindo ao auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez firma sua convicção, via de regra, por meio da prova pericial.

No caso concreto, realizou-se a perícia médico-judicial e o perito manifestou-se no sentido de que o autor é portador de “espondilose (CID M47.8), transtorno não específico de disco intervertebral (CID M51.9) e dor lombar baixa (CID M54.4)”, razão pela qual está definitivamente incapacitado para o exercício de sua atividade habitual como trabalhador rural. Nessa linha, o perito do juízo salientou que o segurado apresenta “dor importante na coluna com irradiação para membros inferiores e déficit de mobilidade e deambulação”.

Considerando, pois, as conclusões do perito judicial, no sentido de que o autor está definitivamente incapacitado para o exercício de suas atividades laborativas habituais como trabalhador rural, e ponderando, também, acerca de suas condições pessoais – especialmente considerando que possui 59 anos de idade, baixa escolaridade e qualificação profissional restrita –, entendendo inviável a sua reabilitação, devendo, em consequência, ser-lhe concedido o benefício de aposentadoria por invalidez.

O Entendimento parece não ser isolado, pelo menos é o que demonstra a Turma Nacional de Uniformização:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E DEFINITIVA PARA O TRABALHO E INSUSCETIBILIDADE DE REABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE QUE GARANTA A SUBSISTÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA. SÚMULA 47 TNU. PROVIMENTO. 1.A sentença julgou procedente a pretensão do autor, determinando a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, entendendo que, apesar de a perícia haver concluído pela incapacidade da autora apenas para as atividades habituais e possibilidade de reabilitação para o exercício de outras atividades laborativas, do ponto de vista médico, as condições pessoais e sociais da parte, tais como idade e grau de instrução, na prática, torna inviável sua reabilitação. O acórdão recorrido deu provimento ao recurso interposto pelo INSS, sob o fundamento de que “malgrado” as considerações da sentença a respeito da inviabilidade da reabilitação do autor em virtude das suas

condições pessoais e sociais, o laudo da perícia judicial teria sido“ categórico ao afirmar que o recorrido está incapaz parcial e permanentemente, podendo ser habilitado para outras funções que não demandem esforço físico. Diante disso, o benefício de aposentadoria por invalidez deve ser substituído pelo auxílio-doença”. 2.Comprovada a similitude e a divergência entre o acórdão recorrido e os paradigmas desta Turma Nacional de Uniformização (PEDILEF 200381100055548, Relator JOSÉ EDUARDO DO NASCIMENTO, DJ 19/03/2010; PEDILEF 200636009037918, relator JUIZ FEDERAL DERIVALDO DE FIGUEIREDO BEZERRA FILHO, DJ 17/12/2009; PEDILEF 200636009072110, Relator JUIZ FEDERAL DERIVALDO DE FIGUEIREDO BEZERRA FILHO, DJ 05/05/2010), tem cabimento o incidente de uniformização. 3.Há entendimento pacificado por esta Turma Nacional de Uniformização, a exemplo da Súmula n.º 47 TNU, reconhecendo a possibilidade de extensão da incapacidade parcial quando, da análise das condições pessoais, se extrair a inviabilidade de reinserção ao mercado de trabalho: Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez. 4.Para a concessão de aposentadoria por invalidez devem ser considerados outros aspectos relevantes, além dos elencados no art. 42 da Lei n.º 8.213/91, tais como, a condição socioeconômica, profissional e cultural do segurado. 5.Embora tenha o laudo pericial concluído pela incapacidade parcial do segurado, o Magistrado não fica vinculado à prova pericial, podendo decidir contrário a ela quando houver nos autos outros elementos que assim o convençam, como no presente caso. 6.No caso em tela, diante do princípio do livre convencimento, o juízo a quo entendeu pela impossibilidade de reinserção da parte autora ao mercado de trabalho em face das limitações impostas pelo baixo grau de escolaridade, pela falta de experiência profissional além de atividades que demandem esforço físico como agricultora, doméstica e auxiliar de cozinha. Concluiu que seria utopia defender a inserção do segurado no concorrido mercado de trabalho, para iniciar uma nova atividade profissional, motivo pelo qual entendeu fazer jus à concessão de aposentadoria por invalidez. 7.Incidente de Uniformização conhecido e provido.¹⁹⁰

Conforme demonstrado, mesmo sendo obrigatória a submissão do segurado que está em gozo do auxílio-doença em passar pela reabilitação profissional,¹⁹¹ o magistrado ignorou essa possibilidade em ambos os casos analisados, alegando ser inviável.

---

¹⁹⁰ TNU - PEDILEF: 50032658120124047104, Relator: JUIZ FEDERAL ANDRÉ CARVALHO MONTEIRO, Data de Julgamento: 07/08/2013, Data de Publicação: 16/08/2013.

¹⁹¹ Decreto n.º 3.048/99, Art. 77.

Diante desse fato, Wagner Balera chama atenção para um significativo crescimento no número de concessões de aposentadoria por invalidez nos últimos 15 anos e aponta critérios relacionados aos programas de reabilitação profissional como responsáveis por esse crescimento:

A ignorância sobre a razão desse incremento do risco pode melhor ser traduzida pela incapacidade do Estado em tomar medidas efetivas de combate a causas que são muitas e, há bastante tempo, conhecidas.

A primeira das causas notórias desse estado de coisas é quase uma componente história da situação: a subnotificação dos acidentes de trabalho.

Pode-se dizer, que esse fato histórico começou a ser combatido, ainda que indiretamente, por intermédio da introdução de instrumentos de controle dos riscos do trabalho. [...]

A segunda causa é mais torpe. O Brasil optou pelo quase total abandono dos programas de reabilitação profissional. Desde a extinção do INAMPS, em 1993, deixou de existir a antiga estrutura estatal de instâncias de reabilitação dos segurados.¹⁹²

Completando o raciocínio, Wagner Balera afirma que há total desinteresse da parte do Estado brasileiro em proporcionar as condições objetivas de retorno ao trabalho do segurado.¹⁹³ Em 30 anos, deixaram de existir os 23 centros de reabilitação mantidos em todo território nacional pelas antigas instituições de previdência social, depois substituídas pelo INAMPS que, afinal, também foi extinto.

---

¹⁹² BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 180-181.

¹⁹³ Segundo o último **Anuário Estatístico da Previdência Social**, disponível no sítio da previdência do Governo Federal, o número de inscritos no serviço de reabilitação profissional em 18,7% entre 2008 e 2013.

Diante dos múltiplos aspectos a serem considerados, faz-se necessário analisar com cautela a afirmação de que a nova tendência é “não reabilitar pessoas com a finalidade de fazê-las retornar ao trabalho, mas fazê-las voltar ao trabalho para reabilitá-las”.¹⁹⁴

A bem da verdade, os Centros de Reabilitação Profissional (CRPs), com honrosas exceções, estão há muito falidos. Funcionam devido ao concurso de abnegados servidores do INSS, que se dedicam integralmente à recuperação e à reinserção dos trabalhadores acidentados no mercado de trabalho. As dificuldades são muitas, considerando-se que uma das finalidades precípua da reabilitação profissional reside na reinserção do segurado acidentado no mercado de trabalho, de preferência na mesma empresa.

Corroborando esse pensamento, podemos concluir que um dispositivo legal descumprido por quase todas as empresas neste país se traduz no art. 93, da Lei n.º 8.213/91, o qual obriga as empresas a manter em seus quadros pessoas reabilitadas ou portadoras de deficiência nos percentuais ali previstos. Se falta emprego até para os hígidos, imagine-se para os “doentes” ou meio hígidos. No conceito de reabilitação profissional está a concessão de órteses e próteses sempre que indicadas tecnicamente – outro tormentoso problema, pois nunca há verba para tal despesa.¹⁹⁵

A crônica falta de verbas tem levado o segurado a procurar o poder Judiciário, antes mesmo de findar a reabilitação ou até mesmo a ignorando que, como visto nos exemplos apresentados no início do tópico, o Judiciário vem acatando por desacreditar no programa de reabilitação profissional.

---

¹⁹⁴ SCHUBERT, B. **Reabilitação profissional no mundo**. Revista da Associação Nacional dos Médicos Peritos da Previdência Social, Brasília, 2009. p. 29-31.

¹⁹⁵ TSUTITYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 354.

3.6. AMPARO SOCIAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.6.1. Espécies de Amparo Assistencial - vínculo constitucional

Diferentemente dos benefícios previdenciários que possuem natureza compulsória e contributiva, os Benefícios de Prestação Continuada (BPC) assistenciais não possuem essas características, ou seja, são devidos a quem necessitar, independentemente de contribuição.

O artigo 203, V do texto constitucional instituiu os benefícios assistenciais em duas categorias: aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência. Interessa ao nosso estudo apenas os destinados àqueles portadores de deficiência, por exigir como requisito para concessão o grau de incapacidade do pleiteante.

A Constituição Federal criou, mas destinou a regulamentação dos amparos sociais aos atos infraconstitucionais, e esse papel coube à Lei n.º 8.742/93, de 7 de dezembro de 1993, vejamos:

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

I – a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:

[...]

e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

3.6.2 Critério Econômico

De acordo com a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), os critérios para concessão do amparo à pessoa com deficiência são de natureza econômica e médica. O primeiro critério diz respeito à renda *per capita* do cidadão, cuja exigência do texto constitucional destina o amparo “à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”.¹⁹⁶ Para a LOAS, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo.¹⁹⁷

Esse critério já foi objeto de muita discussão na doutrina e na jurisprudência por não fixar um valor condizente com o mínimo que o cidadão precisa para ter uma vida digna. Os critérios já foram modificados com o tempo e atualmente se tem uma visão mais flexível do critério da renda, possibilitando o deferimento de benefícios nos casos de renda *per capita* ser superior ao limite estabelecido.

Em abril de 2013, o STF confirmou a inconstitucionalidade do §3º do artigo 20 da LOAS, que estipula o critério objetivo da renda, por considerá-lo defasado para caracterizar a situação de miserabilidade.¹⁹⁸ O STJ também tem entendido que a comprovação do requisito da renda familiar *per capita* não superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não é objetivo e, caso esse limite seja ultrapassado, não exclui outros fatores que tenham o condão de auferir a condição de miserabilidade.

---

¹⁹⁶ Artigo 203, V da Constituição Federal.

¹⁹⁷ Art. 20, §3º da Lei n.º 8.742/93.

¹⁹⁸ Reclamação 4374 e REs com Repercussão Geral 567985 e 580963.

3.6.3 Critério Médico – evolução legislativa

O segundo requisito, específico para o caso da pessoa com deficiência é o laudo médico comprovando a incapacidade do solicitante. A definição de incapacidade para fins de deferimento de BPC também sofreu mudanças com o tempo e essas transformações guardam maior proximidade com a invalidez, pois exigem um grau mais severo de incapacidade.

O Decreto n.º 6.949/09, que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, em seu artigo primeiro define:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm 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 igualdades de condições com as demais pessoas.¹⁹⁹

A Lei n.º 8.742/93 conceituava a pessoa portadora de deficiência como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho, em razão de anomalias ou lesões irreversíveis, de natureza hereditária, congênita ou adquirida.²⁰⁰

---

¹⁹⁹ BRASIL. **Decreto n.º 6.949** de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Publicado no D.O.U em 26.08.2009.

²⁰⁰ Artigo 20, §2º da LOAS.

Posteriormente, esse dispositivo foi alterado pela Lei n.º 12.435/11, de 6 de julho de 2011, passando a definir a pessoa com deficiência como aquela que possui impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade junto às demais pessoas.

Logo em seguida o dispositivo sofreu outra alteração, dessa vez pelo advento da Lei n.º 12.470/11, de 31 de agosto de 2011, que delimitou que, para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que possui 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.

Pela leitura dos textos legais percebemos que na primeira mudança legislativa houve a supressão da exigência da incapacidade para a vida independente e para o trabalho, passando a detalhar apenas a natureza da incapacidade: física, intelectual ou sensorial.²⁰¹ Outro ponto residiu na duração da incapacidade, num primeiro momento deveria ser irreversível e, logo depois, exigiu-se que seja de longo prazo.²⁰²

Na segunda mudança legislativa, acrescentou-se mais um termo no rol da natureza incapacitante (mental) e modificou-se a parte final do texto, na qual passou a constar que a incapacidade deva ser suficiente para obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A evolução legislativa demonstra uma flexibilização no conceito de incapacidade para o amparo social. Num primeiro momento exigia-se a

---

²⁰¹ Essa mudança já vinha sendo trabalhada pela jurisprudência, é o caso da súmula 29 da TNU: Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n.º 8.742/93, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a que a impossibilita de prover ao próprio sustento.

²⁰² Súmula 48 da TNU - 18/04/12: A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

incapacidade para uma vida independente e laboral de forma cumulativa. Por essa rigidez legislativa, muitos casos foram indeferidos pela previdência, mesmo que a pessoa não possuísse qualquer condição laboral.

Acertadamente a jurisprudência evoluiu no sentido de que a incapacidade para vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover o próprio sustento, ou seja, aquele impossibilitado de trabalhar se equipara a um inválido.

Note-se que o trabalho é determinante na definição de invalidez. No caso presente, a impossibilidade para o trabalho torna-se suficiente para a definição de incapacidade para a LOAS e, com isso, determina um rumo para a invalidez no direito previdenciário, pois o fato gerado de um em muito se assemelha ao outro.

Como visto, a impossibilidade laboral é suficiente para caracterizar o deficiente na LOAS. Entretanto, importa destacar que o critério envolvido ainda é o médico. É necessário que exista um laudo médico do INSS atestando a existência da impossibilidade para o trabalho – não se aplicando, nessa discussão, o conceito de incapacidade laboral social.

4 A MUTAÇÃO SEMÂNTICA DO CONCEITO DE INVALIDEZ NO RGPS

4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Nos últimos anos, as concessões de aposentadoria por invalidez e demais benefícios por incapacidade de natureza previdenciária e assistencial vêm crescendo. A concessão do benefício tem aumentado no âmbito administrativo e judicial, nas lides entre segurados e o INSS – notadamente após o advento dos Juizados Especiais Federais pela entrada em vigor da Lei n.º 10.259/2001, de 12 de julho de 2001.²⁰³

O aumento na concessão dessa espécie de benefício de caráter contributivo traz à tona reflexões sobre a saúde do trabalhador em seus múltiplos aspectos. Tal fenômeno deve ser abordado de forma multidisciplinar, pois envolve temas como proteção à saúde do trabalhador, políticas públicas de saúde, reformas no sistema previdenciário, precarização das relações de trabalho, mudança na expectativa de vida e evolução da medicina, dentre outros.

Como já mencionado no capítulo sobre benefícios por incapacidade, o conceito de invalidez parte do pressuposto de que exista uma incapacidade gravíssima, ou seja, aquela que impossibilita o segurado de exercer qualquer atividade laboral, por isso, classificada como omni-profissional e por prazo indefinido.

Por esse motivo, caso exista capacidade residual o segurado deve procurar um outro benefício: o auxílio-acidente; e, caso a incapacidade perdure por prazo determinado, o benefício adequado é o auxílio-doença. Vamos chamar esse entendimento de entendimento tradicional, aquele aplicado sem a observação de fatores externos ao laudo médico e próximo ao que pensa o âmbito interno da autarquia previdenciária.

---

²⁰³ OLIVEIRA, Rafael Machado de. **Incapacidade biopsicossocial no Direito Previdenciário**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/16091847>. Acesso em: 4 abr. 2016.

Apesar de não ser unanimidade, essa ideia é necessária para que delimitemos o alcance da aposentadoria por invalidez, evitando a interseção do fato gerador dos benefícios, o que criaria situações idênticas para benefícios diferentes, aumentando, assim, a instabilidade e a insegurança sobre o tema.

Pela vagueza do conceito de invalidez, iniciaremos esse tópico com a análise da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados no pensamento de Karl Engisch e sua distinção das cláusulas gerais.

Na sequência, traremos a opinião doutrinária sobre o conceito de invalidez e a opinião jurisprudencial sobre o assunto. No que se refere ao entendimento jurisprudencial, pela significativa quantidade de julgados sobre a matéria em âmbito federal, faremos uma análise qualitativa de julgados proferidos pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais (TNU) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

No que se refere à TNU, na qual se concentra a maior parte das discussões sobre a matéria, optamos por realizar uma análise das súmulas sobre incapacidade e invalidez. No caso do STJ, por não haver súmulas sobre a matéria, serão colacionado alguns julgados que representem o entendimento deste tribunal.

Importante destacar que a análise doutrinária e jurisprudencial não será apenas no intuito de relatar as opiniões, mas no de moldar um conceito de invalidez que considerará dois elementos: a incapacidade médica (representada pelo laudo médico), e a incapacidade laboral social (representada pelos fatores sociais, culturais e econômicos aos quais o segurado está exposto).

4.2 CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

4.2.1 A mutação semântica

O termo semântica surgiu dos estudos de Michel Bréal que, em sua obra *Éssai de Semantique*, se propôs, dentre outros assuntos, examinar por que as palavras, uma vez criadas e providas de um certo sentido, são levadas a restringi-lo, a estendê-lo, a transportá-lo de uma ordem de ideias para outra, e elevá-lo ou rebaixá-lo em dignidade, em resumo, a mudá-lo.²⁰⁴

Sobre as supostas tendências das palavras, Bréal destaca o papel da sociedade moderna nesse contexto:

Nas sociedades modernas, o sentido das palavras se modifica mais rápido que na antiguidade e mesmo nas gerações que nos precederam imediatamente. É preciso ver o efeito da mistura de classes, da luta dos interesses e das opiniões, da guerra dos partidos, da diversidade das aspirações e dos gostos.²⁰⁵

A semântica é o estudo do sentido das palavras. Conforme afirma Guiraud, até mesmo a palavra “semântica” “sofre por não ter ainda definido exatamente o seu objeto e nem esclarecido a sua terminologia”²⁰⁶. Ocorre que essa palavra, que originariamente designava um ramo especial do estudo da linguagem, foi aproveitada pelos lógicos e pelos psicólogos e, atualmente, pertence a três disciplinas distintas.

---

²⁰⁴ BRÉAL, Michel. **Ensaio de semântica**. São Paulo: Educ, 1992. p. 77.

²⁰⁵ BRÉAL, Michel. **Ensaio de semântica**. São Paulo: Educ, 1992. p. 80.

²⁰⁶ GUIRAUD, Pierre. **A semântica**. São Paulo: Difel, 1975. p. 7

Semântica, palavra formada do grego “semainô” (significar), este, por sua vez, derivado de “sêma” (sinal) é, em sua origem, o adjetivo correspondente a “sentido”. Uma mutação semântica é uma mutação de sentido. É semântica tudo o que se refere ao sentido de um sinal de comunicação e, principalmente, tudo o que se refere às palavras.²⁰⁷

Guiraud explica que o sentido muda porque se dá deliberadamente um nome a um conceito para fins cognitivos ou expressivos; porque as coisas são nomeadas. Assim, ocorre uma “mudança individual”, consciente e descontínua. O sentido muda porque uma das associações é secundária, como o valor social; “ele desliza progressivamente sobre o sentido de base e o substitui; o sentido evolui”. Nesse caso, trata-se de uma “mudança coletiva”, inconsciente e progressiva.²⁰⁸

A mudança no conceito de invalidez expressa um caso de mutação semântica coletiva, pois, de forma progressiva e inconsciente, novos elementos vão se incorporando ao objeto fazendo que um “sentido base” passe por mudanças e evolua. A isso correspondem os ensinamentos de Bréal que acredita que “o progresso para a linguagem consiste em libertar-se sem violência de suas origens”.²⁰⁹

---

²⁰⁷ GUIRAUD, Pierre. **A semântica**. São Paulo: Difel, 1975. p. 7.

²⁰⁸ GUIRAUD, Pierre. **A semântica**. São Paulo: Difel, 1975. p. 61.

²⁰⁹ BRÉAL, Michel. **Ensaio de semântica**. São Paulo: Educ, 1992. p. 90.

4.2.2 A indeterminação do conceito

O termo “invalidez” situa-se no halo da luminosidade que se exige de um conceito.²¹⁰ Tal imprecisão parte de sua própria previsão legal. O artigo 42 da Lei n.º 8.213/91 traz a expressão “for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência” e, com ela, traz a reboque a grande dúvida: no que consiste a incapacidade para exercer atividade que garanta a subsistência?

Vejamos o que dispõe o art. 42 dos Planos de Benefícios da Previdência Social (PBPS):

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

A simples leitura do conceito positivo de invalidez nos remete a um caso de conceito vago. Diante desse gênero de “conceito vago”, pode ser que estejamos diante de um caso clássico de “conceito indeterminado”²¹¹ ou de uma situação que representa uma “cláusula geral”. Em nenhum dos casos estamos diante de raridades do mundo jurídico, até porque “os conceitos absolutamente determinados são raros no direito”.²¹²

---

²¹⁰ Engisch destaca sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito” (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 209).

²¹¹ Eros Roberto Grau prefere a expressão “conceitos cujos termos são indeterminados” por acreditar que o conceito não pode ser indeterminado, mas apenas as suas expressões. (GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, p. 41-46, jan./mar. 1990).

²¹² ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 208.

Para melhor demonstrar a distinção dos dois gêneros de conceitos vagos, é importante esclarecer que houve um tempo que se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas e especialmente garantir absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e aos atos administrativos. Esse tempo foi o do Iluminismo.

A liberdade de interpretação era proibida e a atividade do juiz se resumia a de um mero escravo da lei. No decurso do século XIX, começou a considerar-se impraticável o postulado da estrita vinculação do juiz à lei. Por isso, não é possível elaborar a lei com tanto rigor e fazer a sua interpretação em comentários oficiais de modo tão exato.²¹³

Diante dessas considerações históricas, Engisch identifica o surgimento de gêneros de conceitos vagos, mais especificamente os modos de expressão dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais:

O ponto de partida das nossas novas considerações terá de ser a metódica da própria legislação ao afrouxar o vínculo que prende à lei os tribunais e as autoridades administrativas. Pois que se nos deparam hoje diversos modos de expressão legislativa que são de molde a fazer com que o julgador (o órgão aplicador do Direito) adquira autonomia em face da lei.

Cláusulas gerais são normas com diretrizes indeterminadas, que não trazem expressamente uma solução jurídica (consequência). A norma é inteiramente aberta. Uma cláusula geral, noutras palavras, representa um texto normativo que não estabelece “*a priori*” o significado do termo (pressuposto), tampouco as consequências jurídicas da norma (consequente).

Consoante English, “devemos entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.²¹⁴

²¹³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 206.

²¹⁴ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 229.

No âmbito da seguridade social, um exemplo de cláusula geral é a “justiça social”. Como já apresentado, o seu conteúdo é transitivo e moldado ao longo da história sem, contudo, modificar quaisquer das palavras que compõem o núcleo. As mudanças sociais em busca de novos padrões (melhores) fazem que o conceito de justiça social passe mutações, adquirindo essa característica de cláusula geral.

Por outro lado, denomina-se conceito jurídico indeterminado quando palavras ou expressões contidas numa norma são vagas/imprecisas, de modo que a dúvida se encontra no significado das mesmas, e não nas consequências legais de seu descumprimento. Para Engisch trata-se de um “conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”.²¹⁵

Com relação ao disposto no artigo 42 da Lei n.º 8.213/91, não se consegue determinar o que vem a ser a “incapacidade para exercer atividade que garanta a subsistência”. Aqui, a dúvida traduz-se principalmente no termo “incapacidade”, o qual pode referir-se exclusivamente à médica ou associada a outros fatores como ingressar no mercado de trabalho. Na sequência, esbarramos em outro ponto que consiste em saber o que se deve entender por “atividade que garanta a subsistência”.

Observe que aqui a dúvida somente assenta-se no pressuposto (conteúdo), e não no conseqüente (solução legal), pois este já está predefinido em lei. A dúvida sobre o conteúdo gera uma indefinição com relação ao momento da ocorrência da subsunção previdenciária.

Com o intuito de definirmos o momento desencadeador do surgimento da relação jurídica previdenciária de prestação, faz-se necessária a análise da produção doutrinária e da evolução jurisprudencial sobre a invalidez e suas mutações.

---

²¹⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 208.

4.3 AS CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS DE INVALIDEZ

Para a análise doutrinária apresentaremos estudos que pontuam tanto a natureza jurídica do benefício de aposentadoria por invalidez quanto os elementos formadores do conceito disposto no artigo 42 da Lei n.º 8.213/91.

Iniciando pelos apontamentos de Horvath Jr. sobre a natureza jurídica do benefício de aposentadoria por invalidez, temos um benefício de direito público subjetivo pelo segurado, de trato sucessivo, decorrente de risco biológico imprevisível, embora possa ser cessado a qualquer tempo caso se constate a recuperação da incapacidade para o trabalho. Logo, refere-se a um benefício com condição resolutiva.²¹⁶

O risco biológico imprevisível é a invalidez – aqui entendida como aquela suficiente para retirar do segurado a capacidade laboral. Antes de adentrar a intensidade da incapacidade, se total ou parcial, cumpre analisar se a incapacidade deve ser relacionada ao trabalho antes desenvolvido pelo segurado ou a todo e qualquer ofício.

Para essa definição temos dois critérios adotados pela legislação de vários países: o critério profissional e o critério da incapacidade geral para o trabalho. No critério profissional, a incapacidade laborativa é avaliada em relação à diminuição que o segurado sofreu levando-se em conta única e exclusivamente a atividade que anteriormente exercia.

No critério da impossibilidade geral para o trabalho, a capacidade residual deve ser avaliada não em relação à atividade anteriormente exercida, mas em relação às possibilidades de desenvolvimento de outra atividade que lhe garanta a subsistência.²¹⁷

---

²¹⁶ HORVATH JR. Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 260.

²¹⁷ HORVATH JR. Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 260.

Sobe o assunto, Paul Durand ensina:

Se decidir definir a invalidez por sua relação com o exercício de uma atividade profissional, essa noção pode ser concebida, por sua vez, de forma mais ou menos ampla: pode tratar-se de uma incapacidade para exercer uma profissão, ou uma incapacidade geral para obter qualquer tipo de renda. Quando se prevê um benefício para uma profissão específica (o que acontece muitas vezes nas origens do seguro social), o indivíduo é considerado como inválido no momento em que é incapaz de exercer a profissão em questão.²¹⁸

No caso do artigo 42 da Lei n.º 8.213/91, o critério utilizado é o da impossibilidade geral para o trabalho, pois afirma “for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício **de** atividade”. O uso da partícula “de” e não “da” indica que a incapacidade deverá ser para toda e qualquer atividade que lhe garanta subsistência, e não apenas para aquela que desenvolvia anteriormente à incapacidade.

Sobre o assunto, Marina Vasques opina que “a aposentadoria por invalidez pressupõe que o segurado afaste-se de toda e qualquer atividade profissional, mesmo que vinculada a regime previdenciário diverso do geral.”²¹⁹

Ainda sobre a natureza jurídica, a condição resolutive do benefício permite a possibilidade de sua cessação em casos de recuperação da capacidade laborativa. Por esse motivo, preferimos utilizar a expressão “indefinida” para nos referirmos à duração da incapacidade, e não a expressão “permanente”, utilizada para se distinguir do auxílio-doença.

---

²¹⁸ Tradução nossa. DURAND, Paul. **La política contemporánea de seguridad social**. Madrid: Ministerio de Trabajo e Seguridad Social. 1991. p. 252-253. No original: “Si se decide definir la invalidez por su relación con el ejercicio de una actividad profesional, esta noción puede concebirse, a su vez, más o menos ampliamente: puede tratar-se de una incapacidad para ejercer una profesión *determinada*, o de una incapacidad *general* para obtener cualquier tipo de ingresos. Cuando se organiza un sistema de pensiones para una profesión determinada (cosa que ocurre muy a menudo en los orígenes de los seguros sociales), se considera al individuo como inválido en el momento en que es incapaz de ejercer la profesión en cuestión”.

²¹⁹ DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 168.

Um ponto delicado do conceito de incapacidade se refere à intensidade da incapacidade, se necessariamente essa deve ser total ou se é possível a existência de uma capacidade residual do segurado.

Considerando que o entendimento tradicional sobre o nível da incapacidade da invalidez mostra-se aquele da impossibilidade total para qualquer atividade, afastando qualquer resíduo de capacidade, o entendimento atual é no sentido de flexibilizar o critério absoluto do nível de incapacidade.

Sobre o assunto, a doutrina guia para um entendimento mais aberto e aliado ao atual posicionamento jurisprudencial. Marina Vasques opina que:

[...] considerado apto a exercer outra atividade, o segurado não faz jus a qualquer benefício, exceto auxílio-acidente se ficar com sua capacidade laborativa reduzida e se tratar de segurado empregado, trabalhador avulso ou segurado especial que contribua facultativamente. Todavia, as condições pessoais do segurado devem ser avaliadas dentro de seu contexto social, se considerada sua idade, aptidões, grau de instrução, limitações físicas que irão acompanhá-lo dali para frente, bem como a diminuição do nível de renda que a nova profissão irá render.

Observe que, mesmo diante de impossibilidade de exercer qualquer atividade, surge uma ponderação do nível da incapacidade considerando as condições pessoais do segurado. Tal ponderação consiste na incapacidade laboral social, elemento formador do conceito de invalidez. Cumpre aqui ressaltar que a ponderação de tais elementos representa uma adequação da doutrina aos riscos sociais na pós-modernidade – conceituado e debatido em tópico anterior. Nesse caso representado pelo desemprego e pela dificuldade de reinserção ao mercado de trabalho que podem variar em decorrência da idade, grau de instrução e gravidade da enfermidade.

Sobre o tema, Miguel Horvath Jr. se alinha a esse pensamento e afirma:

Expressão digna de nota é que a incapacidade geradora da aposentadoria por invalidez há de impedir o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Não se deve entender o evento gerador da aposentadoria por invalidez a incapacidade absoluta, total e completa do segurado. O sistema não exige o estado vegetativo laboral para a concessão deste benefício.²²⁰

Realmente o texto normativo não exige um grau máximo da incapacidade; apesar de se referir à invalidez o texto utiliza o termo incapacidade para conceituá-la. Somente o grau máximo de incapacidade é que poderia induzir a concepção ordinária do termo invalidez como sinônimo de inutilidade, e tal sinônimo não vincula seu conteúdo para fins previdenciários.

Na mesma linha de raciocínio, Ionas Gonçalves adverte:

Há um mínimo de invalidez, contido no *caput* do art. 42 do PBPS, que é aquele estado físico ou mental em que o segurado encontra-se incapacitado de prover seu sustento, à custa de seu trabalho. Entretanto, é conceito em grande medida indeterminado, que exige muitas vezes análises casuísticas.²²¹

Daniel Pulino se dedica de forma mais detalhada ao seu estudo a respeito do conceito de invalidez. Ao analisar o nível de comprometimento da incapacidade na condição de trabalho do segurado, o autor é pontual ao afirmar que “o que interessa para configuração da invalidez em nosso direito é a perda da capacidade de ganho do segurado”.²²² Explica:

---

²²⁰ HORVATH JR. Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 262.

²²¹ GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito previdenciário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 156.

²²² PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001. p. 125.

Afinal, dentro do regime jurídico previdenciário, sem perda da capacidade de ganho não ocorrerá a situação de desequilíbrio econômico em que consiste a necessidade social, não se justificando, por conseguinte, a concessão da aposentadoria, da compensação econômica que reintegrará o segurado no seu nível de subsistência. [...] Não há como deixar de se considerar, nesse juízo, as condições pessoais do segurado, confrontando-as com a possibilidade de engajamento em atividade laborativa apta a lhe garantir o nível de subsistência pertinente.²²³

A respeito do tema, Paul Durand pontua:

A noção de invalidez que adota as legislações modernas é mais restritiva. A invalidez é a incapacidade do indivíduo em obter uma remuneração adequada, de acordo com sua idade e habilidades, e dada a situação do mercado de trabalho: se trata de uma incapacidade geral de obter renda. Esta definição de invalidez responde apenas ao espírito dos sistemas de seguridade social modernos, que têm um caráter interprofissional, que garante a segurança dos rendimentos do trabalho.²²⁴

A perda da capacidade como elemento indispensável para configuração da invalidez, configura o que Pulino chama de “substancial incapacidade”. O termo relaciona-se com a perda ou a diminuição de rendas que abatem, substancialmente, o orçamento familiar do segurado; que pode – e deve – ser considerada apta, pois, a permitir a outorga de aposentadoria por invalidez.²²⁵

---

²²³ PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001. p. 126.

²²⁴ DURAND, Paul. **La política contemporánea de seguridad social**. Madrid: Ministerio de Trabajo e Seguridad Social. 1991. p. 253. No original: “La noción de invalidez que adoptan las legislaciones modernas es más restrictiva. La invalidez consiste en la incapacidad del individuo para obtener una remuneración suficiente, de acuerdo con su edad y sus aptitudes, y habida cuenta de la situación del mercado de trabajo: se trata de una incapacidad general para obtener ingresos. Esta definición de la invalidez responde sólo al espíritu de los sistemas modernos de Seguridad Social, que presentan un carácter interprofesional, y que garantizan la seguridad de ingresos provenientes del trabajo”.

²²⁵ PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001. p. 129/131.

4.4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

4.4.1 Súmulas da TNU

A maior parte das demandas previdenciárias no Brasil tramitam nos Juizados Especiais Federais. Pela grande quantidade de julgados, a ideia de fazer um apanhado das decisões, mesmo apenas aquelas julgadas pela Turma Nacional de Uniformização, seria necessária a transcrição de muitos decisórios para termos uma noção do entendimento dessa corte sobre o assunto.

Para tanto, no caso da análise do entendimento dos juizados especiais federais realizaremos uma análise das súmulas que tratam de incapacidade: 47, 77 e 78 da TNU indicando o conteúdo, a data de publicação e os precedentes. Com isso, pretendemos analisar o atual posicionamento dos juizados e delimitar o conceito de invalidez.

A importância das súmulas no âmbito da TNU se mostra muito mais patente quando analisamos o termo do artigo 38 do seu regimento interno, publicado na forma da Resolução n.º CJF-RES-2015/00345 de 2 de junho de 2015: “Art. 38. Os enunciados das súmulas prevalecem sobre a jurisprudência anterior, aplicando-se a casos não definitivamente julgados, e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno”.

O desenvolvimento será feito pelo critério cronológico. Portanto, iniciaremos pelo que diz e representa a súmula 47:

Súmula 47 TNU

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

DOU DATA 15/03/2012

Precedentes:

PEDILEF	2007.83.00.505258-6,	juízo:	18/12/2008.
PEDILEF	2005.34.00.756217-6,	juízo:	08/02/2010.
PEDILEF	2006.63.02.012989-7,	juízo:	24/11/2011.
PEDILEF	2007.71.95.027855-4,	juízo:	24/11/2011.
PEDILEF	0023291-16.2009.4.01.3600,	juízo:	29/2/2012.

O entendimento da súmula 47 representa uma construção jurisprudencial que pontua duas situações delicadas com relação ao risco social da aposentadoria por invalidez. A primeira se relaciona com a possibilidade da concessão da invalidez em caso de incapacidade parcial confirmando, com isso, que o art. 42 do PBPS não exige a incapacidade total. A segunda se refere à condição na qual, uma vez não comprovada a incapacidade total, o julgador deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez.

Essas “condições pessoais e sociais do segurado” por um lado trouxeram um parâmetro para flexibilizar o critério absoluto do laudo médico, mas, por outro, ainda deixaram uma significativa margem de indefinição dos critérios a serem utilizados para a concessão do benefício.

Idade, grau de escolaridade, condição econômica e grau de vulnerabilidade, são, por exemplo, critérios pessoais a serem considerados na concessão do benefício. No entanto, na concessão existe o risco de uma supervalorização desses critérios em relação à enfermidade que, caso ocorra, surge sério risco de desvirtuar a finalidade do benefício.

Em 2013, foi editada e publicada a súmula 77 com a seguinte redação:

Súmula 77 TNU

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

DOU 06/09/2013

Precedentes:

PEDILEF n. 0020741-39.2009.4.03.6301, julgamento: 08/03/2013.
PEDILEF n. 0056265-97.2009.4.03.6301, julgamento: 17/04/2013.
PEDILEF n. 0507072-34.2009.4.05.8101, julgamento: 06/12/2013.
PEDILEF n. 0052862-57.2008.4.03.6301, julgamento: 07/08/2013.

Essa súmula foi editada em decorrência do risco criado pela súmula 47 de supervalorizar os critérios sociais e pessoais e conseqüentemente menosprezar os critérios médicos da incapacidade laboral. Pela simples leitura podemos extrair do texto que, caso não exista incapacidade, o juiz não está obrigado a analisar os fatores pessoais e sociais. Com isso, caso o segurado não possua o mínimo de incapacidade o juiz não deve (obrigatoriamente) analisar os critérios pessoais e sociais para a concessão do benefício.

Podemos dizer que a súmula 77 é reguladora, cujo objetivo reside em manter a função social do benefício de aposentadoria por invalidez, mantendo protegido o risco social do benefício, que é a incapacidade laboral.

Notemos que a edição dessas duas súmulas ocasionou um “abre e fecha” na forma de concessão da aposentadoria por invalidez. Percebemos que falta um equilíbrio de valoração entre critério médico e fatores sociais. Na primeira súmula (47), a TNU pesou a mão na valoração dos fatores sociais; e a segunda (77) veio para corrigir. Nada mais natural, até porque a dosimetria perfeita necessita de tempo para que se observe o comportamento da sociedade diante da mudança de dimensões de risco, da modernidade para a pós-modernidade.

No segundo semestre de 2014, a TNU editou a súmula 78, publicada em 17/09 do mesmo ano com a seguinte redação:

Súmula 78 TNU

Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença.

DOU 17/09/2014

Precedentes:

PEDILEF n. 5003198-07.2012.4.04.7108, julgamento: 11/09/2014.
 PEDILEF n. 0021275-80.2009.4.03.6301, julgamento: 12/06/2013.
 PEDILEF n. 0502848-60.2008.4.05.8401, julgamento: 09/10/2013.

A terceira súmula é marcada pela possibilidade de deferimento do benefício com base na incapacidade em “sentido amplo”, não definindo se obrigatoriamente deve haver um grau existente de incapacidade médica. Pode ocorrer, nessa amplitude da incapacidade, o mesmo risco da súmula 47.

Como aqui o caso parece mais delicado, para melhor análise destacamos um julgado de precedente da súmula 78:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA / APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. (IN) CAPACIDADE PARA O TRABALHO. SEGURADO PORTADOR DE VÍRUS HIV (AIDS) ASSINTOMÁTICO. CONSIDERAÇÃO DE CONDIÇÕES SÓCIO - CULTURAIS E STIGMATIZANTES. NECESSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM AJURISPRUDÊNCIA ATUAL DESTE COLEGIADO. APLICAÇÃO DA QUESTÃO DE ORDEM N.º 13, TNU. INCIDENTE NÃO CONHECIDO. ARTS. 7º VII, “A” E 15, §§ 1º E 3º, DA RESOLUÇÃO CJF N.º 22 DE 4 DE SETEMBRO DE 2008 (RI/TNU).

1 - Pedido de Uniformização manejado em face de acórdão que deu provimento ao recurso inominado da parte autora, para reformar a sentença, julgando procedente o pedido de restabelecimento de auxílio-doença, com fundamento nas condições sócio-culturais estigmatizantes da patologia. Segurado portador de vírus HIV (AIDS)

assintomático semi-alfabetizado que refere discriminação social.

2 - É devido, independentemente de carência, auxílio-doença/aposentadoria por invalidez ao segurado acometido de doença e afecção que por critério de estigma ou outro fator materialize especificidade ou gravidade a merecer tratamento particularizado, entre elas a síndrome da deficiência imunológica adquirida - AIDS (cf. art. 26, II, c/c art. 151 da Lei n.º 8.213/91).

3 - A ausência de sintomas, por si só, não implica capacidade efetiva para o trabalho, se a doença se caracteriza por específico estigma social. Há que se aferir se as condições sociais a que submetido o segurado permitem o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

4 - Jurisprudência dominante desta Turma Nacional: “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. (...) 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. 1.º, 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” (PEDILEF N.º 2007.83.00.50.5258-6, Rel.ª. Juíza Federal Maria Divina Vitória, DJ 2.2.2009); “Não há controvérsias que para a concessão de benefício de incapacidade para portador de HIV deve-se apurar a incapacidade social, a saber, o preconceito, a dificuldade de ingresso no mercado de trabalho e as condições pessoais do soropositivo”(PEDILEF n.º 0510549-05.2008.4.05.8100, Rel. Juiz Federal Vladimir Santos Vitovsky, DOU 8.6.2012); “Não examinada na sentença ou no acórdão a existência de incapacidade social em relação ao autor, exigível nos termos da jurisprudência da Turma (...) deve o processo, fixada a tese da exigibilidade de o juiz analisar as condições pessoais e sociais do segurado portador de HIV, inclusive sinais exteriores da doença, para concessão de aposentadoria por invalidez, retornar ao Juízo de primeira instância para produção e análise da prova (TNU - Questão de Ordem n.º 20)”(PEDILEF n.º 0521906-61.2008.4.05.8300, Rel. Juiz Federal Janilson Bezerrade

Siqueira, DOU 13.7.2012).

5 - Incidência da Questão de ordem n.º 13 desta Turma Nacional: “Não cabe Pedido de Uniformização, quando a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido”.

6 - Incidente de uniformização não conhecido.

7 - O julgamento deste incidente de uniformização, que reflete o entendimento consolidado da Turma Nacional de Uniformização, resultará na devolução à Turma de origem de todos os outros recursos que versem sobre o mesmo objeto a fim de que mantenham ou promovam a adequação do acórdão recorrido à tese jurídica firmada, em cumprimento ao disposto nos arts. 7º VII, e 15, §§ 1º e 3º, da Resolução CJF n.º 22 de 4 de setembro de 2008 (RI/TNU).²²⁶

PROCESSUAL CIVIL - PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º DO CPC - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - INCAPACIDADE LABORAL TOTAL E PERMANENTE - CONFIGURAÇÃO. I- A incapacidade laboral do autor deve ser avaliada do ponto de vista médico e social, tendo em vista o estigma social que acompanha o portador do vírus HIV, dificultando sua reinserção no mercado de trabalho, demandando seu estado de saúde controle e cuidados especiais, bem como administração de medicação específica, justificando-se a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. II- Agravo do réu, interposto nos termos do art. 557, § 1º do CPC, improvido.²²⁷

Neste caso, estamos diante da possibilidade de supervalorização dos fatores sociais e pessoais em detrimento da incapacidade médica e ainda da não possível, mas clara valorização, de um fator pessoal sobre os outros: o estigma social.

Antes de adentrarmos na análise do alcance da referida súmula é importante delimitar o conceito do fator estigma social.

²²⁶ PEDILEF 5071068220094058400 - Juiz Federal Alcides Saldanha Lima - Julgado em 16/08/21 e publicado em 31/08/2012.

²²⁷ TRF-3 - AC: 2819 SP 0002819-27.2010.4.03.6114, Relator: Juíza convocada Giselle França, Data de Julgamento: 05/11/2013, Décima turma.

Goffman definiu estigma como um significativo descrédito atribuído a uma pessoa que possua certa diferença indesejável, indicando que o estigma remete a um poderoso signo de controle social usado para marginalizar e desumanizar indivíduos que apresentam certos traços desvalorizados. Os portadores desses traços podem ser “desacreditados” imediatamente, quando na vida cotidiana essas marcas desvalorizadas estão visíveis; ou “desacreditáveis”, quando não estão imediatamente visíveis, mas podem ser denunciadas, reveladas ou descobertas.²²⁸

Jacoby identificou duas dimensões da experiência do estigma ao estudar pessoas com epilepsia. O “estigma sentido” (*felt stigma*) faz que as pessoas limitem desnecessariamente seu cotidiano buscando o isolamento, por exemplo, com medo da discriminação. O “estigma efetivado” (*enacted stigma*) se refere à experiência real de discriminação, quando a exclusão em função do estigma já ocorreu, resultando em violação de direitos e implicando ostracismo social.²²⁹

O estigma social se apresenta como um dos fatores para a caracterização da incapacidade laboral social – a referida súmula não garante a aposentadoria àquele que possui o vírus HIV – que torna necessária, ainda, a análise dos fatores sociais, culturais e econômicos.

Ocorre que o fato de citar a enfermidade no texto da súmula faz que se rotule a doença como a única estigmatizante apta à invalidez; ou até mesmo que o fator estigmatizante é suficiente para receber o benefício de aposentadoria, uma vez que não há exigência de incapacidade médica mínima no texto da súmula.

Caso a doença fosse sobrevalorizada a ponto de definir o portador do vírus como inválido, ocorreriam enormes distorções em vez de proteger o segurado e viabilizar sua permanência ou ingresso no mercado de trabalho. Certamente o segurado seria muito mais estigmatizado ao ser afastado do convívio social laboral. Esse raciocínio serve para qualquer doença estigmatizante.

---

²²⁸ GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação de uma identidade deteriorada**. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

²²⁹ JACOBY, A. Felt versus enacted stigma: a concept revisited. Evidence from a study of people with epilepsy in remission. **Social Science & Medicine**, 1994, Jan., v. 38, n. 2, p. 269-74.

O desafio mais imediato consiste em estimular intervenções efetivas iniciadas no sistema de saúde, a fim de diminuir o efeito do estigma e da discriminação, reconhecidamente frequentes no ambiente de trabalho.

A capacidade pessoal de resistir ao processo de estigmatização e discriminação pode ser estimulada com a participação dos pacientes em grupos de apoio e compartilhamento. Planejar a assistência com o envolvimento de cada paciente permitiria identificar como os serviços podem contribuir para mitigar o efeito da discriminação nas especificidades do cotidiano de cada um, melhorando a qualidade da atenção psicossocial.²³⁰

Deve-se, portanto, ampliar as ações articuladas com a mídia, secretarias da justiça e do trabalho e entidades que defendem direitos de trabalhadores e/ou das pessoas vivendo com HIV, visando discutir normas que considerem a especificidade das limitações associadas ao HIV resultantes do processo de estigmatização, e não somente da infecção. A estigmatização é um processo social que desempenha papel-chave na ampliação da desigualdade, legitimando a violação dos direitos humanos das pessoas vivendo com HIV e repercutindo sobre sua integridade e bem-estar.²³¹

Outro ponto de distorção ao se rotular doenças está no da doença preexistente. No caso, existem portadores do HIV já nascem com esse vírus o que, obrigatoriamente, já as levaria a ingressar como doentes na previdência, pois seriam, desde o nascimento, impossibilitadas de conseguir o benefício.

---

²³⁰ GARRIDO, Pedro B. et al. Aids, estigma e desemprego: implicações para os serviços de saúde. São Paulo: **Revista de Saúde Pública da USP**, 2007, v. 41 (Supl. 2), p. 72-9.

²³¹ GARRIDO, Pedro B. et al. Aids, estigma e desemprego: implicações para os serviços de saúde. São Paulo: **Revista de Saúde Pública da USP**, 2007, v. 41 (Supl. 2), p. 72-9.

4.4.2 Julgados do STJ

Mesmo com a maior parte das demandas previdenciárias tramitando nos Juizados Especiais Federais, o STJ é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada.

Assim como a TNU dos Juizados Especiais Federais, existe uma significativa quantidade de julgados no STJ sobre aposentadoria por invalidez e suas nuances. Como ainda não existem súmulas nessa corte sobre o conceito de invalidez, utilizaremos um recente julgado paradigma para analisar o posicionamento do tribunal sobre o conceito de invalidez, principalmente a ponderação do laudo médio e os aspectos econômicos e sociais do segurado.

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PARCIAL. CONSIDERAÇÃO DOS ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS, PROFISSIONAIS E CULTURAIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. O Tribunal de origem deixou claro que, na hipótese dos autos, o autor não possui condições de competir no mercado de trabalho, tampouco desempenhar a profissão de operadora de micro-ônibus.

2. necessário consignar que o juiz não fica adstrito aos fundamentos e à conclusão do perito oficial, podendo decidir a controvérsia de acordo o princípio da livre apreciação da prova e do livre convencimento motivado.

3. A concessão da aposentadoria por invalidez deve considerar, além dos elementos previstos no art. 42 da Lei n.º 8.213/91, os aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado, ainda que o laudo pericial apenas tenha concluído pela sua incapacidade parcial para o trabalho. Precedentes das Turmas da Primeira e Terceira Seção. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido.²³²

---

²³² AgRg no Agravo em Recurso Especial n.º 384.337 - SP (2013/0271311-6).

Por tratar-se de uma continuidade do estudo, torna-se perfeitamente adequado trazermos para essa análise todo o conteúdo produzido no tópico sobre as súmulas da TNU. Inicialmente, cumpre destacar o exposto no item 3 da ementa acima. A decisão foi enfática em possibilitar a análise dos aspectos socioeconômicos nos casos em que existam um laudo médico que tenha concluído pela incapacidade parcial do segurado.

Chamamos atenção para esse ponto, pois concordamos com o pensamento de que é necessária a existência de uma incapacidade médica, mesmo que parcial, para que se analisem os critérios formadores da incapacidade laboral social.

Após comprovada a incapacidade médica parcial para o desempenho da atividade laboral, restou comprovado que o segurado não possuía condições de competir no mercado de trabalho, tampouco de desempenhar a profissão de operadora de micro-ônibus, o que comprova a sua incapacidade laboral social.

4.5 ELEMENTOS FORMADORES DO CONCEITO JURÍDICO DE INVALIDEZ

4.5.1 Laudo médico

A fim de que sejamos capazes de construir o conceito jurídico de invalidez, necessitamos analisar dois elementos: a) o laudo médico; b) a incapacidade laboral social.

A invalidez previdenciária é precedida por uma incapacidade laboral médica. No conceito proposto, o primeiro elemento (laudo médico) torna-se obrigatório, não apenas a sua existência, mas a comprovação de uma incapacidade, mesmo que de forma relativa, para que se chegue a uma invalidez.

A comprovação da incapacidade total, ou seja, da invalidez na concepção tradicional (nulo, inutilizado), é por si a comprovação necessária ao cumprimento da exigência do artigo 42 do PBPS, inexistindo, portanto, qualquer dúvida sobre a incapacidade para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

No caso da existência de incapacidade total do segurado, em que suas habilidades para a vida laboral são reduzidas a zero, estamos diante do que Daniel Pulino chama de “zona de certeza positiva”, aquela de luminosidade intensa do conceito jurídico de invalidez. No entanto, existe uma outra zona intermediária em que o interprete sentirá maior dificuldade, ensina Pulino:

Mas é evidente que tais casos não esgotam as possibilidades de aplicação do conceito (e precisamente por isso, temos insistido na impropriedade de dizer que a invalidez pressupõe incapacidade total, absoluta de trabalho); aliás, é justamente em seu campo intermediário ou de relativa incerteza que o intérprete sentirá maior dificuldade de resolução.²³³

Pulino arremata:

A aferição da invalidez não se resume, portanto, numa comprovação de ordem exclusivamente médica - embora seja uma condição necessária para a edição do ato de concessão do benefício - compreendido um juízo complexo, em que se deve avaliar a concreta possibilidade do segurado conseguir retirar do próprio trabalho renda suficiente para manter sua subsistência em patamares, senão iguais, ao menos compatíveis com aqueles que apresentavam antes de sua incapacitação.²³⁴

Não podemos ignorar o laudo médico para a definição da invalidez. A incapacidade deve ser, no mínimo, parcial. A inexistência de incapacidade pode ocasionar um perigoso desvirtuamento do benefício numa tutela genérica de desemprego ou de qualquer outra consequência de desequilíbrio socioeconômico.

---

²³³ PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001. p. 123.

²³⁴ PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001. p. 125-126.

Com relação ao grau da incapacidade parcial apresentado por laudo médico, propomos a exigência de um percentual significativo de redução de sua capacidade laboral.

Mesmo não fixando um percentual de redução da capacidade laboral, exige-se uma redução substancial que, tomando como exemplo a legislação espanhola, para que o segurado seja considerado parcialmente incapaz é necessário que a redução da capacidade laboral seja superior a 33%. Vejamos o artigo 194 da lei geral da seguridade social espanhola:

Artigo 194. Graus de incapacidade permanente.

1. A incapacidade permanente, qualquer que seja sua causa, se classificará de acordo com os seguintes graus:

a) incapacidade permanente parcial para profissão habitual.

[...]

3. Se entenderá por incapacidade permanente parcial para a profissão habitual a que, sem alcançar o grau total, ocasione ao trabalhador uma diminuição não inferior a 33 por cento em seu rendimento normal para dita profissão, sem impedir da realização das tarefas fundamentais da mesma.²³⁵

A utilização de percentual para redução da incapacidade não nos parece a saída mais adequada, pois, dessa forma, se corre o sério risco de decisões arbitrárias. Por isso, exige-se uma significativa redução para que não ocorra o desvirtuamento do benefício da aposentadoria por invalidez pela valoração de critérios extramédicos.

---

²³⁵ Tradução e grifos do autor. **Real Decreto Legislativo n.º 8/2015:** “Artículo 194. Grados de incapacidad permanente.

1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.

[...]

3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”.

Sobre o problema apontado, Mattia Persiani traz um exemplo ocorrido na Itália em período pós-1980, no qual a supervalorização dos critérios socioeconômicos na definição da invalidez trouxe uma expansão anômala do número de aposentados por invalidez:

[...] especialmente no sul da Itália, já eram, há muito, os mais numerosos por velhice. De tal modo, devia-se considerar que, além das avaliações acolhidas pelo legislador, a função original da pensão por invalidez terminara, na prática, por ser deformada e desnaturada até tornar-se uma genérica tutela de desocupação, e isto em razão da prevalência dada, em termos de verificação da invalidez, aos critérios de avaliação referidos às assim chamadas condições socioeconômicas.²³⁶

A dispensa da incapacidade médica para o trabalho na configuração da aposentadoria por invalidez significa a retirada do elemento caracterizador da função social do benefício, como expressa Russomano ao formular o seu conceito: “aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência”.²³⁷

Portanto, com relação ao primeiro elemento, concluímos que o laudo médico, além de indispensável, deve atestar, no mínimo, a incapacidade parcial laboral do segurado e, somente a partir dessa comprovação, é que podemos analisar a incapacidade laboral social.

²³⁶ PERSIANI, Mattia. **Direito da previdência social**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 306.

²³⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à consolidação das leis da previdência social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

4.5.2 Incapacidade laboral social

Cumprido destacar que o segundo elemento do conceito jurídico de invalidez (incapacidade laboral social) somente será analisado nos casos em que ocorra a incapacidade parcial do segurado sendo, portanto, um elemento complementar. Caso o segurado possua incapacidade total, automaticamente resta comprovada a inexistência de meios que garantam a subsistência do segurado, portanto, considerado inválido.

O elemento da incapacidade laboral social consiste na comprovação da redução da capacidade de trabalho compatível com as habilidades do segurado. No entanto, vários elementos são considerados para tal redução laboral.

A incapacidade laboral social se caracteriza por um perfil individualizado do segurando no qual são avaliados os fatores sociais, culturais e econômicos (aspecto amplo) e ainda critérios individuais (aspecto estrito) que são ponderados na análise da redução da capacidade específica laboral e que completem a parcial incapacidade médica:

- a) idade;
- b) sua origem;
- c) nível de instrução do segurado;
- d) condições habitacionais;
- e) característica do trabalho que exercia;
- f) possibilidade de reinserção no mercado de trabalho;
- g) natureza da doença;
- h) agravamento que a atividade pode causar a doença para si ou terceiro;
- i) tempo de percepção de auxílio doença;
- j) fatores estigmatizantes da doença.

Dentre os itens apresentados no rol acima – diga-se, não é uma lista exaustiva –, existem pontos relacionados diretamente ao indivíduo (“a”, “b” e “c”), itens relacionados ao trabalho, que também possuem relação individual (“e” e “f”) e itens relacionados à doença (“g”, “h”, “i” e “j”). Essa diversidade se deve à necessidade de ponderar aspectos gerais e pessoais para a definição da invalidez.

A incapacidade laboral social possui como finalidade comprovação da redução da capacidade específica para o trabalho,²³⁸ ou seja, aquela relacionada com as habilidades pessoais do segurado. Tal relação possui como objetivo evitar a supervalorização de elementos gerais em detrimento dos individuais. Essa supervalorização pode deformar e desvirtuar a função social do benefício.²³⁹

No entanto, a verificação genérica pode revelar-se fácil quando se trata de trabalhador idoso com tempo de contribuição para o qual, conseqüentemente, foi verificada uma estabilização da experiência profissional. Mas incerto será, em contrapartida, o êxito daquela verificação quando se trata de trabalhadores jovens, para os quais seria de se presumir maior adaptabilidade.²⁴⁰

Por esse motivo, não se pode apenas observar o nível de desemprego do país ou se a doença possui fator estigmatizante, para se conceder um benefício. Para a configuração da incapacidade laboral social é necessário que estejam presentes os elementos individuais relacionados à redução da capacidade específica de trabalho. Os elementos genéricos, por sua vez, também serão importantes na comprovação dessa redução, como é o caso dos fatores

---

²³⁸ A redução da capacidade específica para o trabalho, não implica dizer que, caso o segurado consiga exercer outra atividade profissional distinta daquela que anteriormente exercia, será considerado inválido. Ninguém pode ser considerado inválido se ainda pode obter uma remuneração normal com seu trabalho, mesmo em outra atividade profissional.

²³⁹ Devem ser sopesadas as condições pessoais do próprio segurado para aferir se a existência, ou não, da possibilidade concreta de ele poder vir a ser reaproveitado em trabalho que, conquanto distinto daquele que anteriormente exercitava, possa, ainda assim, proporcionar a manutenção das suas condições de subsistência. Com o designativo “pessoais” não se quer referir, de forma alguma, aos sujeitos a quem compete a avaliação da capacidade de ganho, mas, isso sim, ao contexto formado a partir do impacto da lesão ou enfermidade sofrida pelo trabalhador sobre a sua capacidade de engajar-se em atividade que lhe mantenha o nível de subsistência. (PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001. p. 126).

²⁴⁰ PERSIANI, Mattia. **Direito da previdência social**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 310.

relacionados com desemprego, estigma da doença, possibilidade de reinserção ao mercado de trabalho e outros.

Desta forma, concordamos com Paul Durand quando afirma que “a determinação da invalidez não pode ser objeto de regras gerais. Cada caso exige uma decisão individual”.²⁴¹

Pelo exposto, podemos delimitar o conceito jurídico de invalidez pela ponderação de dois elementos: um de natureza médica e outro de natureza social. A caracterização da invalidez inicia obrigatoriamente no laudo médico. Da análise médica podemos extrair três resultados: a) capacidade laboral total; b) incapacidade laboral total; c) incapacidade laboral parcial.”

Uma vez ocorrendo a hipótese “a” podemos indeferir de plano a invalidez, pois não há de ser falar em invalidez nos casos de capacidade laboral plena, pelo modelo proposto, torna-se necessário pelo menos a parcialidade de incapacidade, sob pena de degenerar a natureza do benefício.

Ocorrida a hipótese “b” estamos diante dos casos da zona de certeza, ou seja, com o laudo médico atestando a incapacidade total do segurado não restam dúvidas que o mesmo, uma vez implementado o requisito da carência, está apto ao recebimento do benefício, pois comprova, sem qualquer dúvida, que existe a incapacidade para o exercício que lhe garanta a subsistência. Nesse caso, resta prejudicada a análise do segundo requisito de que, uma vez comprovada a incapacidade total, pouco importa se o segurado sofre de incapacidade laboral social.

Caso exista a incapacidade médica laboral parcial, analisar-se-á um elemento que possa completar a incapacidade médica: a incapacidade laboral social. Se, diante da análise individualizada dos critérios acima expostos, restar comprovada a redução da capacidade específica laboral do segurado, consubstanciadas pela análise dos fatores gerais e individuais apresentados, o segurado está apto para receber o benefício de aposentadoria por invalidez.

---

²⁴¹ Tradução nossa. DURAND, Paul. **La política contemporánea de seguridad social**. Madrid: Ministerio de Trabajo e Seguridad Social. 1991. p. 253. No original: “La determinación de la invalidez no puede ser objeto de reglas generales. Cada caso exige una decisión individual”.

Portanto, a incapacidade laboral social se apresenta como um elemento que auxilia no conceito de invalidez nos casos de aposentadoria no âmbito do regime geral de previdência social. A estrutura do atual conceito de invalidez passa por critérios médicos e critérios extramédicos. Contudo, para evitar uma supervalorização genéricos e critérios extramédicos tal incapacidade guarda relação com a redução da capacidade específica para o trabalho que, somada aos aspectos amplos (sociais, econômicos e culturais) aos quais o segurado está submetido, venha a caracterizar a invalidez.

CONCLUSÕES

A pergunta que norteou o caminho da pesquisa residiu precisamente no que consiste o conceito jurídico de invalidez. Para que pudéssemos identificar os elementos formadores desse conceito, iniciamos a pesquisa pela análise do sistema de seguridade social e na forma pela qual os elementos do conceito (laudo médico e incapacidade laboral social) estariam inseridos.

Para tanto, verificamos que o sistema jurídico brasileiro é considerado um sistema aberto. Por isso, o sistema de seguridade social observa as mudanças sociais no intuito de poder corresponder às expectativas daqueles que o sistema visa proteger. Não se pode conceber um sistema de seguridade na forma hermética, sob pena de o tempo distanciar sua aplicação diante da realidade na qual está inserido ou até mesmo ser substituído por um novo sistema.

A mutação semântica do conceito de invalidez decorre de uma constante troca de informações com o ambiente externo. Internamente existe uma disposição legal imprecisa que carece de constante interação com agentes externos. Para que se delimite o seu alcance, os acontecimentos sociais, políticos e culturais são indispensáveis na definição da incapacidade laboral social e conseqüentemente na delimitação do termo invalidez.

Para o ingresso e a alocação do elemento da incapacidade laboral social no sistema de seguridade social mostra-se necessária uma mudança no sistema científico que irradie seus efeitos na interpretação do sistema objetivo e, como visto na teoria de Claus Wilhelm Canaris, não são apenas as mudanças no sistema objetivo (codificado) que influenciam no sistema científico: é plenamente possível a influência inversa da que defendemos.

Como demonstramos, os princípios constitucionais ganham importância nessa alocação, pois se apresentam como condutores para a comunicação com os elementos externos do sistema de seguridade.

A invalidez proposta no direito positivo não define os critérios exatos para a identificação da necessidade social para percepção do benefício de aposentadoria. Nesse ponto, o princípio da universalidade permite a comunicação desses elementos com os fatores externos, ao analisar fatores como o desemprego, escolaridade, idade e fatores estigmatizantes, a fim de delimitar o alcance do conceito de invalidez. Trata-se do amparo principiológico na ponderação de fatores externos e critérios médicos para definir se o segurado é ou não incapaz para o “exercício de atividade que lhe garanta a subsistência”.

Mesmo com essa abertura, defendemos que devam existir limites. O contato com critérios extramédicos necessita de parâmetros que evitem uma deturpação da função social do benefício de aposentadoria. Para tanto, é imprescindível que essa relação com o exterior faça parte do sistema, sendo necessária a manutenção do critério médico, que pode ser até ser flexibilizado, mas nunca eliminada a sua ponderação na concessão do benefício por invalidez.

Ainda com relação ao papel condutor dos princípios, vimos que os princípios de seletividade e distributividade, por sua vez, propiciam a cobertura dos riscos e o atendimento dos indivíduos na medida especificada pelo legislador. À seletividade se prendem as tarefas de identificação das contingências e das hipóteses de vulnerabilidade social; à distributividade produz seus efeitos ao permitir que sejam concedidos direitos em maior número e qualidade a favor dos mais necessitados.

Já a dignidade da pessoa humana mostra-se determinante na delimitação do alcance do conceito de invalidez, pois alerta para a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, o que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.

O conceito de invalidez proposto tem por objetivo garantir maior segurança jurídica, pois o Judiciário, ao utilizar-se de fatores externos ao laudo médico na concessão da aposentadoria, de forma difusa e desuniforme, gera uma imprevisibilidade das decisões, impossibilitando a determinação concreta de quem está ou não inválido.

No que se refere à relação jurídica previdenciária, vimos que a exigência da ocorrência de uma hipótese de incidência previamente tipificada representa critério essencial para a fase definitiva da relação jurídica de prestação previdenciária. A ponderação da exigência do laudo médico e da análise da incapacidade laboral social facilita a identificação da ocorrência no momento do surgimento dessa relação e, conseqüentemente, no momento do pagamento da prestação.

A linha de raciocínio para a definição do conceito de invalidez passa pela transitividade da justiça social. A análise da justiça social – desde os primórdios, quando Aristóteles se baseava no mérito para proporcionar a distribuição, passando por uma concepção coletiva de padrões de necessidade, até o pensamento mais individualizado de John Rawls – nos apresentou, na história mais recente, o crescimento e o declínio do Estado provedor. No entanto, a Ordem Social prevista na nossa Constituição Federal pauta-se no bem-estar social e numa justiça que possui como finalidade erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

É diante da assunção, pelo Estado, do papel garantidor da proteção social dos trabalhadores, que nasce a concepção moderna de risco social. Esta concepção, pelo menos diante do nosso ordenamento jurídico e principalmente no âmbito da seguridade social, encontra-se em fase de transição.

Apontados como riscos sociais de magnitude global, os riscos da pós-modernidade se apresentam como um conteúdo associado à crise e potencialmente agressivos, como é o caso do desemprego. Dessa forma, a pós-modernidade refere-se a uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de se alargar por muitas décadas até sua consolidação.

O conceito de invalidez está em plena transformação, assim como os riscos sociais da sociedade pós-moderna. Por isso, torna-se necessário que o sistema protetivo adapte-se à nova realidade e principalmente à nova forma sob a qual se apresentam os riscos. Deste modo, a incapacidade laboral social tem por finalidade analisar os critérios extramédicos que, juntamente com o laudo médico de capacidade residual, definam o estado de invalidez de um segurado.

Com relação aos benefícios por incapacidade, esses somente são concedidos quando existir doença relacionada ao trabalho que acarrete real incapacidade laborativa ou redução da capacidade laborativa do segurado em relação a sua atividade profissional habitual.

O RGPS oferece alguns benefícios para suprir a ocorrência de riscos sociais incapacitantes, a depender do grau de comprometimento laboral. Os benefícios são distribuídos dependendo da incapacidade, que poderá ser parcial ou total, e do prazo de duração, que poderá ser temporária ou indefinida.

O conceito comum da palavra invalidez se relaciona ao grau máximo de comprometimento laboral do segurado, exigindo a incapacidade total, ou seja, completamente incapaz para atividade laboral. No entanto, para o conceito proposto, a invalidez exige, no mínimo, uma incapacidade médica parcial, a qual, caso seja parcial, será completada por uma incapacidade laboral social.

Dentre as espécies de “conceitos vagos”, a invalidez é considerada um “conceito indeterminado”, o que se deve ao fato de palavras ou expressões contidas numa norma serem vagas/imprecisas, de modo que a dúvida se encontra no significado das mesmas, e não nas consequências legais de seu descumprimento.

Para suprir as dificuldades decorrentes da indeterminação do conceito de invalidez, o estudo propôs um conceito jurídico de invalidez formado, obrigatoriamente, por dois elementos: a) o laudo médico; b) a incapacidade laboral social.

Com relação ao laudo médico, defendemos que a invalidez previdenciária é precedida por uma substancial incapacidade laboral médica. No conceito proposto, o primeiro elemento (laudo médico) é obrigatório, não apenas por sua existência, mas por meio da comprovação de uma incapacidade, mesmo que de forma relativa.

O segundo elemento, a incapacidade laboral social, caracteriza-se por um perfil individualizado do segurando, no qual são considerados os fatores sociais, culturais e econômicos (aspecto amplo) e ainda critérios individuais (aspecto estrito),

ponderados na análise da redução da capacidade específica laboral e que completem a parcial incapacidade médica.

A dosimetria dos elementos para o conceito proposto neste trabalho consistiu no seguinte raciocínio: o ponto de partida para a análise da invalidez reside no laudo médico. Da análise médica podemos extrair três resultados: a) capacidade laboral total; b) incapacidade laboral total; c) incapacidade laboral parcial.

Nesse estudo defendemos, que, uma vez ocorrendo a hipótese “a”, podemos indeferir de plano a invalidez, pois não há de se falar em invalidez nos casos de capacidade laboral plena. A incapacidade é elemento obrigatório para evoluirmos na definição da invalidez.

Ocorrida a hipótese “b” estamos diante dos casos da zona de certeza, ou seja, com o laudo médico atestando a incapacidade total do segurado não restam dúvidas que o mesmo, uma vez implementado o requisito da carência, está apto ao recebimento do benefício, pois comprova, sem qualquer dúvida, que existe a incapacidade para o exercício que lhe garanta a subsistência. Nesse caso, resta prejudicada a análise do segundo requisito, ou seja, uma vez comprovada a incapacidade total, pouco importa se o segurado sofre de incapacidade laboral social.

Caso exista a incapacidade laboral parcial de forma substancial, hipótese “c”, passa-se a analisar um elemento que seja capaz de completar a incapacidade médica e ao qual chamamos de “incapacidade laboral social”. Esse elemento consiste na análise da redução da capacidade específica laboral do segurado relacionada com as habilidades pessoais e comprovadas pela análise de fatores gerais e individuais como:

- a) idade;
- b) sua origem;
- c) nível de instrução do segurado;
- d) condições habitacionais;
- e) característica do trabalho que exercia;

- f) possibilidade de reinserção no mercado de trabalho;
- g) natureza da doença;
- h) agravamento que a atividade pode causar a doença para si ou terceiro;
- i) tempo de percepção de auxílio doença;
- j) fatores estigmatizantes da doença.

A incapacidade laboral social foca na individualidade do segurado, analisando a capacidade para o desempenho de atividade relacionada a suas aptidões comprovadas não somente por fatores individualizados, os aspectos gerais são determinantes nessa definição.

O conceito de invalidez proposto não se confunde com os requisitos para a concessão do benefício de auxílio-acidente. É bem verdade que para os dois casos necessita-se ocorrer incapacidade parcial laboral por prazo indefinido. Contudo, para a aposentadoria por invalidez, essa incapacidade médica parcial indefinida deve ser complementada com a incapacidade laboral social, exigindo-se, portanto, grau maior de comprometimento de atividade laboral.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON. Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. **Tributação e previdência complementar: o papel do imposto de renda na geração de poupança interna**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural. 1991. (Coleção Os Pensadores. v. 2).
- ASSIS. Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de “risco social”. In: BALERA, Wagner (Coord). **Revista de Direito Social**. Ano 4, abr./jun, n. 14. Porto Alegre: Notadez, 2004.
- ATALIBA, Geraldo Ataliba. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BALERA, Wagner; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu. **Salário-Família no direito previdenciário brasileiro**. São Paulo: LTR, 2007.
- _____. Introdução à seguridade social. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (Coord). **Introdução ao Direito Previdenciário**. São Paulo: LTR, 1998.
- _____. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- _____. **Sistema de Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: LTR, 2014.
- _____. O Valor Social do Trabalho. **Revista LTR**, v. 58/10, p. 1167-1178, 1994.
- BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional brasileiro: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BAUMAN. Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, v. 29, n. 57, p. 131-152, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1471>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.

_____. **Teoria Geral do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRÉAL, Michel. **Ensaio de semântica**. São Paulo: Educ, 1992.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito – o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 4. ed., 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico: direito, economia, tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COIMBRA, J. R. Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. Interpretação do direito da segurança social. In: ROCHA, Daniel Machado; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves (Coord). **Curso de especialização em direito previdenciário**. Curitiba: Juruá, 1. ed., v. 1, 2006.

DANTAS, Emanuel Araújo; BARBOSA, Edvaldo Duarte; ANSILIERO, Graziela. Evolução recente das aposentadorias por invalidez. **Informe da Previdência Social**. Ministério da Previdência Social. v. 24, n. 12, 2012.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 5. ed., 2007.

DUPEYROUX, Jean-Jacques. **Droit de la sécurité sociale**. 8. ed. Paris: Dalloz, 1997.

DURAND, Paul. A política de Seguridade Social e a evolução da sociedade contemporânea. In: BALERA, Wagner (Coord). **Revista de Direito Social**, ano 4, out./dez., n.º 16. Porto Alegre: Notadez, 2004.

_____. **La política contemporánea de seguridad social**. Madrid: Ministerio de Trabajo e Seguridad Social. 1991.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. O futuro do *welfare state* na nova ordem mundial. **Revista Lua Nova**, n. 35. São Paulo: CEDEC, 1995.

FERNANDES, Anníbal; FREUDENTHAL, Sérgio Pardal. Acidentes do Trabalho: evolução e perspectivas. In: BALERA, Wagner (Coord). **Curso de Direito Previdenciário em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Concepção de sistema jurídico no pensamento de Emil Lask**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/107>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GARRIDO, Pedro B. et al. Aids, estigma e desemprego: implicações para os serviços de saúde. São Paulo: **Revista de Saúde Pública**, USP, 2007.

GIDDENS Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GOFFMAN, Erwin. **Estigma**: notas sobre a manipulação de uma identidade

deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

GOMES, Orlando. Natureza jurídica da relação de previdência social. In: GOMES, Orlando. **Escritos Menores**. São Paulo: Saraiva, 1981.

GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, p. 41-46, jan./mar. 1990.

GUIRAUD, Pierre. **A semântica**. São Paulo: Difel, 1975.

HORVATH JR. Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

JACOBY, A. Felt versus enacted stigma: a concept revisited. Evidence from a study of people with epilepsy in remission. **Social Science & Medicine**, 1994 Jan., v. 38, n. 2, p. 269-74.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

KRAUT, Richard. **Aristotle: Political Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1978.

_____. Conceito de Seguridade Social. In: BALERA, Wagner (Coord). **Curso de Direito Previdenciário em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2003.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito: das origens à escola histórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2015.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MILLER, David. **Principles of Social Justice**. Cambridge: Harvard press, 2001.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I.
- NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NOGUEIRA, RIO. **A crise moral e financeira da previdência social**. São Paulo: Difel, 1985.
- NOVAES FILHO, Wladimir. **Avaliação de incapacidade laborativa: benefícios previdenciários normas técnicas**. São Paulo: LTR, 1998.
- OLEA, Manuel Alonso; PLAZA, José Luiz Tortuero. **Instituciones de seguridade social**. 14. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995.
- OLIVEIRA, Rafael Machado de. **Incapacidade biopsicossocial no Direito Previdenciário**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/16091847>. Acesso em: 4 abr. 2016.
- PASTOR, José Manuel Almansa. 7. ed. **Derecho de la Seguridad Social**. Madrid: Tecnos, 1991.
- PERSIANI, Mattia. **Direito da previdência social**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTR, 2001.
- _____. **Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas**. 1. ed. São Paulo: Conceito, 2011.
- RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. **O bem-estar social e o direito de patentes na seguridade social**. São Paulo: Conceito, 2011.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RUBIN, Fernando. **Benefícios por incapacidade no Regime Geral de Previdência Social: questões centrais de direito matéria e de direito processual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à consolidação das leis da previdência social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- SANTOS, Boaventura Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SAVARIS, José Antonio. Traços do sistema constitucional de seguridade social. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antonio (Coord). **Curso de especialização em direito previdenciário**. Curitiba: Juruá, 1. ed., 2006. V. 1
- SCHUBERT, B. Reabilitação profissional no mundo. **Revista da Associação Nacional dos Médicos Peritos da Previdência Social**, Brasília, 2009.
- SCHUMPETER, Joseph. On the concept of social value. s.n.t. [1908]. **The Quarterly Journal of Economics**, 1909, v. 23, n. 2, p. 213-232.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constituição do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TSUTITYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- VENTURI, Augusto. **Los fundamentos científicos de la seguridad social**. Madrid: Ministerio do Trabajo e Seguridad social, 1994.
- VIANA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTR, 2007.
- VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.