

FLÁVIO ROBERTO BATISTA

**BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE NO
REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social, sob a orientação do Professor Associado Marcus Orione Gonçalves Correia.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo – 2008

para o benefício que pretende requerer. Em outros termos, o segurado que vier a perder essa qualidade e filiar-se novamente, terá que recolher no mínimo quatro contribuições para que suas contribuições anteriores sejam computadas para efeitos de aferir a carência em benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Embora não pareça muito interessante nesse momento, voltaremos a esse assunto no quinto capítulo, quando tratarmos da Medida Provisória nº 242/2005.

3.1.3. A incapacidade em suas diversas formas

3.1.3.1. A concretização legal da contingência constitucionalmente eleita: a relação entre doença, invalidez e incapacidade e a centralidade do trabalho como categoria sócio-jurídica

Continuando na lógica que vem sendo adotada até aqui, o terceiro requisito dos benefícios por incapacidade consiste na verificação da efetiva existência da contingência constitucionalmente eleita como apta a desencadear o direito ao benefício. Como já se observou em outras oportunidades ao longo do trabalho, a constituição elegeu para cobertura, no inciso I do artigo 201, as contingências “doença” e “invalidez”, associadas, respectivamente, aos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Qual seria, então, o motivo para que tais benefícios sejam chamados de benefícios por incapacidade, sendo que a Constituição Federal sequer toca nesse termo e o mesmo não guarda qualquer relação com as denominações dos benefícios?

Iniciemos nossas ponderações buscando pistas na semântica das palavras, evidentemente sem a pretensão de efetuar pesquisas filológicas aprofundadas.

Registra o Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa Caldas Aulete:

Doença, s.f. Falta da saúde, desarranjo no organismo, alteração, perturbação das funções orgânicas; moléstia, enfermidade.¹⁸³

Invalidez, s.f. Caráter ou estado do inválido.¹⁸⁴

¹⁸³ AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Volume II, 5ª edição, Rio de Janeiro: Delta, 1964, p. 1272.

¹⁸⁴ AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Volume III, 5ª edição, Rio de Janeiro: Delta, 1964, p. 2223.

Inválido, adj. Fraco, débil, enfermo; que perdeu o vigor, que não é válido para o trabalho (...) – s.m. Pessoa que por velhice ou por enfermidade é incapaz de trabalhar.¹⁸⁵

Curioso notar que, à primeira vista, não há qualquer relação entre o conteúdo semântico de doença e a noção de incapacidade, embora a ligação entre esta noção e a de invalidez seja direta. Em outras palavras, no campo da semântica, a invalidez está intrinsecamente vinculada à incapacidade para trabalhar, o que não ocorre com o conceito de doença.

A despeito disso, dispõem os artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91:

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.¹⁸⁶

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.¹⁸⁷

Nos termos da lei, portanto, não obstante o conteúdo semântico diverso, doença e invalidez são tratadas pelo legislador como duas diferentes formas de incapacidade para o trabalho. Investiguemos, pois, as razões para isso.

A sociedade brasileira, na forma pela qual foi organizada pela Constituição Federal, é uma sociedade de trabalho. Com efeito, o valor social do trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme disposto no artigo 1º, III, da Constituição. Além disso, o direito ao trabalho é um dos direitos sociais previstos no artigo 6º do mesmo texto, sendo que os trabalhadores foram amparados por um extenso rol de direitos, expressamente declarado exemplificativo, constante do artigo 7º. Ainda, dispõe o artigo 170 que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, sendo que um de seus princípios é a busca do pleno emprego. Por fim, o artigo 193 estabelece que o primado do trabalho é a base da ordem social, na qual se insere a Seguridade Social, nosso tema de análise.

¹⁸⁵ AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa** cit., p. 2223.

¹⁸⁶ BRASIL, Lei nº 8.213, 1991, artigo 42.

¹⁸⁷ Idem, artigo 59.

Essa relação estreita foi percebida também por José Afonso da Silva:

Neste particular, a ordem social se harmoniza com a ordem econômica, já que esta se funda também na valorização do trabalho e tem como fim (objetivo) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, que já mereceu nossa consideração.¹⁸⁸

Ora, se o primado do trabalho é a base da ordem social, na qual se insere a Seguridade Social, é evidente que esta última deve ser organizada em torno do primado do trabalho, direito e dever dos cidadãos, que deve ser devidamente valorizado. Cabe, diante disso, questionar o que significa o primado do trabalho e sua valorização social, já que a Constituição veiculou tais idéias de maneira abstrata e vaga, sem definir com minúcia ou precisão seus contornos.

Eros Roberto Grau identificou a vagueza das referidas disposições constitucionais com grande maestria:

O sentido dessas afirmações principiológicas é nebuloso, podendo, em tese, transitar desde o que Habermas refere como 'utopia de uma sociedade do trabalho' – cujo ponto de referência (a força estruturadora e socializadora do trabalho abstrato) se perdeu na realidade – até, meramente, a trivial concepção da sociedade moderna e sua dinâmica central como 'sociedade do trabalho'.¹⁸⁹

É importante destacar que não se pode subscrever integralmente as palavras de Eros Grau, principalmente quando o mesmo se refere pejorativamente à concepção da sociedade do trabalho como trivial, principalmente porque, linha adiante do excerto destacado, o autor cita Claus Offe como exemplo dessa suposta trivialidade. Mais uma vez, trata-se de assunto que apenas tangencia nosso tema de análise, mas é fundamental marcar posição a respeito, sem, todavia, dispor de espaço suficiente para aprofundar as pesquisas sobre o assunto.

A centralidade do trabalho como categoria sociológica vem sendo afirmada há muito tempo pela sociologia. Sua origem está ligada à inovação filosófica de Hegel, que buscou superar a separação radical entre sujeito e objeto inserindo a noção de trabalho em

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 806.

¹⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182.

sua dialética. Marx, mais tarde, redefiniu o conceito hegeliano de trabalho em termos históricos e dialéticos, baseando sua sociologia na divisão estrutural da sociedade em classes organizadas em torno da divisão do trabalho¹⁹⁰.

A centralidade do trabalho tem sido também contestada por sociólogos que, afastando o pressuposto marxista de que a economia é o fator estrutural da sociedade, identificam outras preocupações como centrais no estudo da sociedade¹⁹¹. O principal argumento desta corrente que contesta a centralidade do trabalho encontra-se numa suposta erosão do conceito marxista de classes, em parte em função de uma alegada homogeneidade ideológica entre as classes, baseada em um consenso em torno dos valores burgueses, deslocando o eixo de preocupações dos trabalhadores para pautas que, estruturalmente, não lhe dizem respeito, como a proteção do meio ambiente; e em parte em função de uma multiplicação das classes existentes, incluindo figuras como a classe dos excluídos, a classe média, entre outras.

Tal posição funda-se em dois equívocos fundamentais. O primeiro deles é confundir os conceitos de classe em si e classe para si, ou classe e consciência de classe, no tratamento que lhes deu Lukács.¹⁹² Com efeito, pouco importa o que pensem os indivíduos para que suas classes sejam, com base no aspecto estrutural da produção, divididas em proletária e burguesa. Se a pauta de preocupações da classe trabalhadora deslocou-se para questões alheias ao seu interesse material, a pesquisa sociológica deve buscar as razões para isso, no poder da mídia, por exemplo. A despeito disso, a divisão de classes funda-se em fatores ligados às relações de produção, não possuindo, assim, qualquer ligação com qualquer agenda.

O segundo equívoco é criar conceitualmente diversas “classes” sem observar o necessário rigor metodológico no uso de tal termo, distorcendo-o para incluir figuras completamente estranhas ao processo produtivo capitalista, como os excluídos e a “classe” média. Ora, utilizar a terminologia marxista das classes implica assumir seus pressupostos

¹⁹⁰ SADER, Emir. Apresentação. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo editorial, 2007, p. 10-11.

¹⁹¹ “No pensamento contemporâneo tornou-se quase lugar-comum falar em “desaparição do trabalho”. De modo sintético, podemos assim introduzir a problemática da chamada crise da sociedade do trabalho tomando alguns de seus mais expressivos formuladores”. ANTUNES, Ricardo. **O caracol e sua concha**: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 23. O autor cita, na seqüência, os principais autores e as respectivas obras em que podem ser encontradas as críticas à centralidade do trabalho: André Gorz em *Adeus ao proletariado*, Claus Offe em *Trabalho: categoria sociológica-chave?*, Jürgen Habermas em *Theory of communicative action*, e Dominique Méda em *Travail: une valeur en voie de disparition*.

¹⁹² LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ou, no mínimo, afastá-los fundamentadamente, de modo que é inaceitável a utilização acrítica de tais expressões sem o aparato conceitual que lhe acompanha. Marx criou o conceito de classes de forma indissociavelmente ligada ao processo de produção capitalista, de maneira que, evidentemente, não podem surgir “novas classes” sem substancial modificação de tal processo. Por outro lado, tais ponderações não infirmam a observação de que as mudanças da sociedade, principalmente com a brutal perda de importância do setor industrial, haveria de modificar necessariamente a concepção acerca das classes.

Estamos, nesse ponto, com o sociólogo Ricardo Antunes¹⁹³, para quem as classes no capitalismo financeiro atual abandonaram a divisão em proletariado e burguesia para dividirem-se em classe que vive do trabalho e classe que não vive do trabalho. Com isso, atualiza-se a teoria marxista para abarcar as novas realidades do trabalho no mundo contemporâneo e mantém-se sua centralidade, como é necessário que seja para que se mantenham íntegros os pressupostos marxistas.

Voltando ao texto de Eros Grau, feita a ressalva quanto à sua crítica à sociedade do trabalho, é forçoso reconhecer que o autor empresta tratamento minucioso à valorização constitucional do trabalho humano. Para ele, a valorização do trabalho prevista na Constituição consiste em atribuir ao trabalho e aos trabalhadores tratamento peculiar à sociedade capitalista moderna, consistente em que “o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional”.¹⁹⁴

Eros Grau identifica que isso decorre do fato de que a valorização do trabalho humano tem a função de buscar, embora com a consciência de ser impossível, a conciliação de interesses entre capital e trabalho, redundando num Estado de proteção social.

A proteção social politicamente racional de que fala Eros Grau, que constitui a peculiaridade do tratamento do trabalho pela Constituição de 1988, é integrada pela Seguridade Social, razão pela qual esta, tanto quanto possível, haverá que ser organizada em torno do fenômeno do trabalho, primado da ordem social.

A esse respeito, leciona José Antonio Savaris:

¹⁹³ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?:** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 9ª edição. São Paulo: Cortez, 2003.

¹⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** cit., p. 183.

Aliás, emprestar consideração social ao trabalho (CF/88, art. 1º, IV) é entregar ao trabalhador recompensa em termos sociais, a devolutiva dos reflexos sociais de seu trabalho. Os efeitos constitucionais de bem-estar e justiça sociais passam por esse caminho (CF/88, art. 193).¹⁹⁵

No que nos importa em nosso tema, temos que, a despeito do que tenham por conteúdo semântico as expressões utilizadas pela Constituição Federal para desenhar o sistema de Seguridade Social, devem as mesmas serem lidas no contexto dos demais dispositivos constitucionais, principalmente os que fundamentam o sistema nos quais se inserem.

Desse modo, quando a Constituição elege a doença como contingência, não é à doença em si que ela quer se referir, mas à doença como mal que atinge o indivíduo enquanto trabalhador, ou seja, à enfermidade que lhe compromete a capacidade de trabalho. Bem assim com a invalidez, embora, nesse caso, a relação seja muito mais imediata, por já ter a Constituição utilizado expressão semanticamente vinculada à capacidade para o trabalho.

Já houve, na doutrina brasileira, quem atentasse, ainda que de passagem, para este fenômeno, como se pode depreender do excerto abaixo:

Cabe aqui, então, perquirir qual o risco social protegido pelo auxílio-doença. Não é exatamente a lesão ou a doença, posto que elas podem acontecer sem acometer o segurado de incapacidade. O risco social que ora se pretende proteger é a perda da força de trabalho do segurado por acometimento de uma determinada incapacidade (transitória) para o seu trabalho.¹⁹⁶

Também o direito comparado fornece exemplo de vinculação intrínseca entre a incapacidade e o trabalho, para fins de proteção previdenciária. Confira-se:

La incapacidad laboral, genéricamente considerada, constituye una contingencia protegida de contenido específicamente profesional. El sustantivo incapacidad en sí y por solo no lo denota, pues hace referencia a una situación personal del individuo, a quien falta su integridad psicofísica, sin otra consideración de tipo económico profesional. Es el calificativo laboral el que especifica la

¹⁹⁵ SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 58.

¹⁹⁶ JORGE, Társis Nametala Sarlo. **Manual dos benefícios previdenciários**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 285.

incapacidad, de manera que ésta alcanza consideración de contingencia protegible en la medida en que tiene repercusión en el ámbito económico profesional del individuo que la sufre.¹⁹⁷

Assim, justifica-se plenamente, perante a ordem constitucional, a leitura feita pelo legislador ao instituir os benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez na Lei nº 8.213/91. Passemos, agora, a examinar seus conteúdos.

3.1.3.2. As diversas formas de incapacidade e o uso comum das expressões

Salta aos olhos, na leitura dos artigos 42 e 59 acima transcritos, que há uma diferença substancial entre as espécies de incapacidade a que se referem os dois benefícios em questão, sobre as quais nos debruçaremos com mais profundidade.

Um grave problema de cultura jurídica, herdado dos primórdios do processo de unificação das normas previdenciárias, cerca a questão da diferença entre a incapacidade que dá ensejo ao auxílio-doença e aquela que dá ensejo à aposentadoria por invalidez. Explica-se.

Uma análise comparativa entre o texto da Lei nº 3.807/60, em sua redação original, e os demais que lhe seguiram, a começar da substancial alteração que a própria lei referida sofreu com a edição do Decreto-lei nº 66/66, revela que a regulamentação vigente veio sofrendo, aos poucos, modificações substanciais de texto, algumas das quais com grandes reflexos práticos no processo de concessão dos benefícios, até os dias de hoje, na atual redação da Lei nº 8.213/91¹⁹⁸.

¹⁹⁷ ALMANSA PASTOR, José Manuel. **Derecho de la seguridad social** cit., p. 401.

¹⁹⁸ Utilizaremos, com finalidade exemplificativa, alguns trechos considerados mais relevantes da regulamentação da aposentadoria por invalidez, na redação original da LOPS, na redação que lhe foi dada pelo DL nº 66/66, e na atual redação da Lei nº 8.213/91. O resultado da comparação é evidente:

“Art. 27. A aposentadoria por invalidez será concedida ao segurado que, após haver percebido auxílio-doença pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, continuar, incapaz para o seu trabalho e não estiver habilitado para o exercício de outro, compatível com as suas aptidões”. BRASIL, Lei nº 3.807/60, artigo 27, redação original.

“Art 27. A aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que, após 12 (doze) contribuições mensais, estando ou não em gozo de auxílio-doença, fôr considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência”. BRASIL, Lei nº 3.807/60, artigo 27, redação dada pelo Decreto-lei nº 66/66.

“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”. BRASIL, Lei nº 8.213/91, artigo 42.

Ocorre, entretanto, que, ao menos no cotidiano de uma grande parte dos operadores do Direito Previdenciário, continua a vigor, sem alterações, o texto original de 1960. É que a doutrina e a jurisprudência, no afã taxonômico que há tempos domina o direito¹⁹⁹, apressam-se em reduzir os termos da lei por meio de classificações, com ou sem uma parcela de culpa do legislador. Tais classificações vão sendo repetidas ao longo dos anos, livro após livro, julgado após julgado, sem que se preste muita atenção, depois de cada alteração legislativa, ao que efetivamente quis dizer o legislador com tal alteração, principalmente levando-se em conta que estamos tratando de Direito Previdenciário, um dos temas mais dinâmicos do mundo jurídico.

Assim, são comumente utilizadas várias dicotomias para tratar da diferença entre essas duas espécies de incapacidade, que, por falta de nome melhor, chamaremos de invalidez e doença. Nesse mister, fala-se em incapacidade total ou parcial, incapacidade definitiva ou temporária e em incapacidade absoluta ou relativa.

Como toda classificação, as três acima referidas implicam cortes na realidade e, dessa forma, são métodos extremamente imperfeitos de descrevê-la. A despeito de apresentarem alguma utilidade didática, jamais poderiam ser utilizadas em estudos científicos e em decisões judiciais, principalmente depois de perderem a validade em função de alterações legislativas. É que a equivocidade das palavras, somada a algumas imprecisões terminológicas sutis, pode causar, com relação a esse assunto, insuperáveis problemas práticos.

O uso comum dos termos identifica como incapacidade total aquela que impeça o segurado de trabalhar, enquanto a incapacidade parcial seria aquela que apenas lhe reduz a capacidade de trabalho. Assim, a incapacidade total, segundo tal concepção, seria necessária à concessão tanto do auxílio-doença quanto da aposentadoria por invalidez. Por isso, a incapacidade total seria subdividida em incapacidade absoluta e incapacidade relativa, isto é, para todas as atividades profissionais ou apenas para a atividade habitual do segurado.

¹⁹⁹ Ao menos desde o advento do racionalismo no âmbito do direito, no século XVII, que os estudiosos buscam tratar o fenômeno jurídico como tratam os fenômenos naturais. Essa é a idéia que se encontra por trás da escola jusnaturalista, que julgou ser possível extrair da razão máximas universais e imutáveis que regulariam as relações humanas, assim como fez Newton com a lei da gravidade, que regulava as relações entre os corpos. Logicamente, se dois fenômenos compartilham da mesma natureza, estão submetidos às mesmas regras de estudo. Podem, portanto, ser compartimentados e classificados à exaustão. É o que se faz, desde então, com o direito, submetendo-o ao primado do nome sobre o conteúdo.

Além disso, a incapacidade total, necessária à concessão dos dois benefícios aqui analisados, também poderia ser temporária, caso de concessão do auxílio-doença, ou definitiva, ou permanente, ensejando a concessão de aposentadoria por invalidez.

Confira-se alguns exemplos de aplicação dessas diversas classificações acima referidas:

O auxílio-doença é benefício de caráter temporário, que pode ou não ter período de carência para sua concessão, vincula-se à incapacidade para o trabalho por mais de 15 dias consecutivos, sendo pago ao segurado.²⁰⁰

Sua concessão demanda, porém, que o risco social incapacidade apresente-se dotado de dois caracteres essenciais: que seja ela total, isto é, atinja toda a potencialidade laborativa do segurado, impedindo-lhe não só de exercer sua própria atividade laborativa, como também de qualquer outra; e que seja ela permanente, no sentido de não existir prognóstico de recuperação do segurado.²⁰¹

O risco social é a perda ou diminuição abrupta da força de trabalho do segurado, havendo possibilidade de recuperação, ou seja, incapacidade temporária.²⁰²

O auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez guardam visível conexão. Os dois benefícios pressupõem a incapacidade do segurado para o desempenho de sua atividade habitual. A diferença entre ambos reside na intensidade da moléstia e, conseqüentemente, na extensão do tempo de duração do benefício.²⁰³

A perda definitiva da capacidade laboral é uma contingência social deflagradora da aposentadoria por invalidez. Distingue-se do auxílio-doença, também concebido para proteger o obreiro da incapacidade laboral, em razão de o risco social apresentar-se aqui com tonalidades mais intensas e sombrias, vale dizer, em princípio, o quadro é irreversível.²⁰⁴

²⁰⁰ VIEIRA, Marco André Ramos. **Manual de Direito Previdenciário**. 5ª edição. Niterói: Impetus, 2005, p. 470.

²⁰¹ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 111.

²⁰² JORGE, Tárzis Nametala Sarlo. **Manual dos benefícios previdenciários** cit., p. 283.

²⁰³ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 211.

²⁰⁴ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da Previdência Social**. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 178.

Como se vê, todos estes excertos doutrinários, extraídos de alguns dos manuais de Direito Previdenciário disponíveis no Brasil, repetem à exaustão a mesma idéia: a incapacidade total dá ensejo à concessão dos benefícios de auxílio-doença, caso seja temporária, e aposentadoria por invalidez, caso seja permanente ou definitiva.

Sequer este inadequado uso comum, entretanto, é unânime. Confira-se, a respeito, curioso exemplo de uso completamente equivocado de terminologias redutoras, colhido junto ao enunciado nº 25 da Advocacia-Geral da União, que, destinado a uniformizar o entendimento internamente àquele órgão, causou o efeito contrário, instalando a completa incerteza a respeito do assunto:

Será concedido auxílio-doença ao segurado considerado temporariamente incapaz para o trabalho ou sua atividade habitual, de forma total ou parcial, atendidos os demais requisitos legais, entendendo-se por incapacidade parcial aquela que permita sua reabilitação para outras atividades laborais.²⁰⁵

Em uma primeira leitura, o enunciado parece pretender fixar o conceito de incapacidade parcial, definindo-a como aquela que permite a reabilitação do segurado. Desse modo, raciocinando em sentido inverso, a incapacidade total seria aquela que não permitiria a reabilitação. Como já se viu, tais conceitos contrariam o uso comum das expressões, mas parecem estar bem definidos no enunciado.

Adotados tais conceitos, em cotejo com o texto da lei, o enunciado diria, em tese, que a incapacidade parcial estaria ligada ao auxílio-doença, enquanto a incapacidade total estaria ligada à aposentadoria por invalidez. O que se fez, assim, foi unicamente alterar os termos da classificação das incapacidades em absoluta e relativa.

Daí se conclui, entretanto, que os conceitos de incapacidade total e parcial fixados estão em contradição com o próprio enunciado, já que este define que a incapacidade total ou parcial pode constituir requisito para a concessão de auxílio-doença, desde que seja temporária, ou seja, define a diferença entre as incapacidades geradoras de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez apenas pelo critério de sua duração.

Ainda mais curioso é realizar uma leitura dos três acórdãos do Superior Tribunal de Justiça apontados no enunciado como referência de jurisprudência para sua edição. O mais

²⁰⁵ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Súmula 25. Diário Oficial da União, Seção 1, nº 109, 10 de junho de 2008, p. 32. Disponível em <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em 17 de julho de 2008.

antigo deles, prolatado no REsp nº 272.270/SP, nitidamente trata de assunto diverso daquele tratado no enunciado.

Com efeito, ao argumentar que “o artigo supra transcrito [artigo 59 da Lei nº 8.213/91] não especifica deva ser a incapacidade total ou parcial, apenas diz ‘ficar incapacitado’”²⁰⁶, o Ministro Relator expressamente pressupõe que a incapacidade deve referir-se à atividade habitual do segurado, centrando-se na questão acerca de se a incapacidade para a atividade habitual – parcial, nos termos do enunciado – deve ser total ou parcial.

O segundo acórdão, prolatado no REsp nº 501267/SP, é ainda mais claro em sua ementa, que traz a expressão “incapacidade parcial para a atividade habitual”²⁰⁷. Ou seja, o acórdão não deixa qualquer dúvida de que está tratando de incapacidade parcial apenas para uma atividade, e não como incapacidade para parte das atividades, suscetível de reabilitação, que é o que a Advocacia-Geral da União entende, diante de sua súmula, ser a incapacidade parcial.

A própria argumentação do representante da Advocacia-Geral da União, transcrita na fundamentação do acórdão em questão, deixa claro que o ponto questionado é a incapacidade total ou parcial para a atividade habitual do segurado, e não para o trabalho em geral.

Valemo-nos desse exemplo apenas para demonstrar como a utilização de expressões classificatórias, em prejuízo dos termos da lei, atrapalha a construção de um raciocínio coerente e linear acerca dos benefícios por incapacidade. Devem, portanto, ser afastados alguns mitos que cercam a matéria com relação a esse assunto.

3.1.3.3. Apreciação crítica das classificações de incapacidades

O primeiro mito a ser desfeito diz respeito à divisão entre incapacidade total e incapacidade parcial. Como parece evidente, incapacidade é a ausência de capacidade, ou seja, pleonasticamente, incapacidade é incapacidade total. A lei não alberga o conceito de incapacidade parcial, até porque, quando pretendeu falar no que é habitualmente chamado

²⁰⁶ STJ, REsp nº 272270/SP, DJ de 17.09.2001, p. 202. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 17 de julho de 2008.

²⁰⁷ STJ, REsp nº 501267/SP, DJ de 28.06.2007, p. 427. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 17 de julho de 2008.

de “incapacidade parcial”, preferiu a expressão “redução da capacidade”, como se pode verificar no artigo 86 da Lei nº 8.213/91. Existe apenas uma referência ao termo “incapacidade parcial”, feita ao tratar a lei do serviço de reabilitação profissional.

Assim sendo, toda vez que a lei falar em incapacidade, é à “incapacidade total” que ela se refere. Caberá ao aplicador da lei, seja o Poder Judiciário, seja o INSS, definir, em cada caso, se as enfermidades do segurado são substanciais a ponto de determinar-lhe a incapacidade ou se o mesmo pode trabalhar, inexistindo graus a esse respeito, ao menos no que tange ao auxílio-doença e à aposentadoria por invalidez. Ou o segurado pode exercer sua atividade habitual, ou não pode. Não é possível exercê-la em parte. Ou o segurado pode ser reabilitado para outra atividade, ou não pode. Igualmente, não existe, reabilitação parcial.

O uso adotado pela Advocacia-Geral da União para os termos “incapacidade total” e “incapacidade parcial” deve ser igualmente afastado. Isso porque, como já discutido acima, embora seu enunciado nº 25 pareça adotar conceitos análogos aos de incapacidade absoluta e relativa, ele declara expressamente que a incapacidade total pode ensejar o auxílio-doença, o que, de outro modo, leva à conclusão de que seus conceitos prestam-se antes a criar confusão do que a esclarecer.

É bem verdade, entretanto, que a culpa pelo surgimento desse primeiro mito pode, em grande parte, ser atribuída ao próprio legislador. Apesar de ter fornecido definições muito precisas e pertinentes para os termos doença e invalidez, ele cometeu um pequeno deslize, mantendo, em um ponto, um texto legal herdado de normas antigas, em que a nomenclatura redutora é empregada, no § 1º do artigo 43, em que se lê: “Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida (...)”. O correto, evidentemente, seria substituir a vetusta regulamentação pelos termos do artigo 42, o que resultaria na bela fórmula: “Concluindo a perícia inicial que o segurado está incapaz para sua atividade habitual e insuscetível de reabilitação para outra que lhe garanta a subsistência, a aposentadoria por invalidez será devida (...)”.

A divisão entre incapacidade temporária e definitiva é outro mito a ser derrubado. Voltando ao uso comum das expressões, depois de distinguir entre incapacidade total e parcial, sendo somente a primeira apta a ensejar a concessão dos benefícios por incapacidade aqui estudados, sustenta-se que a incapacidade total e temporária dá ensejo à

concessão do auxílio-doença, enquanto a incapacidade total e definitiva dá ensejo à concessão da aposentadoria por invalidez.

Também essa dicotomia carece de validade diante de um cotejo com a lei, embora, mais uma vez, o legislador tenha esquecido de alterar as redações herdadas da legislação anterior, mantendo uma referência ao termo “incapacidade definitiva”, no mesmo artigo 43, § 1º, já referido algumas linhas acima.

Com efeito, o artigo 42 atrela a duração do benefício de aposentadoria por invalidez à duração da incapacidade, admitindo, expressamente, por meio da expressão “enquanto permanecer nesta condição”, que a aposentadoria por invalidez possa decorrer de incapacidade temporária.

A possibilidade, conquanto prevista desde a redação original da Lei nº 3.807/60, causou e ainda causa muito desconforto aos doutrinadores apegados à noção de incapacidade permanente, que são obrigados a aceitar a possibilidade de cessação de um benefício permanente, ainda que isso lhes pareça um absurdo, que lhes agrida as concepções jurídicas. Observe-se, a respeito, o trecho a seguir, em que a ojeriza à ruína da classificação tradicionalmente utilizada chega a ser quase anedótica:

A idéia de que se cancele a aposentadoria concedida em face de “incapacidade total e definitiva”, sem dúvida, traz dentro de si um agressivo paradoxo.²⁰⁸

Sobre essa dificuldade de aceitação dos termos da lei, Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior já haviam discorrido, em tom que beira o jocoso, atribuindo-a a um equívoco dos segurados. Veja-se o trecho em questão:

É corrente entre os segurados a idéia de que a aposentadoria por invalidez é definitiva, não podendo ser cassada pelo INSS. Bem por isso a situação de “encostado”, como é popularmente chamado o beneficiário do auxílio-doença, não é confortável para o segurado, que muitas vezes tenta aposentar-se. Cuida-se, entretanto, de um equívoco. Considerando-se o fato de o pressuposto fundamental do deferimento e da manutenção da aposentadoria por invalidez repousar sobre a ausência de capacidade laborativa do segurado, pode-se afirmar que a natureza do benefício é sempre precária. Paradoxalmente, se o dito estado “definitivamente” incapacitante vem a ser alterado (seja pela

²⁰⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 216.

imprecisão dos exames que atestaram a irrecuperabilidade, seja pela evolução das ciências médicas que permitiram debelar a moléstia diagnosticada na época como incurável), não subsiste razão para a manutenção da prestação previdenciária.²⁰⁹

Por outro lado, o auxílio-doença, devido em função de incapacidade para a atividade habitual do segurado, pode ser pago indefinidamente, caso o segurado possua mais de uma atividade habitual e fique incapacitado para apenas uma delas, já que não seria o caso, aí, de reabilitação profissional, uma vez que o segurado já exerce outra atividade. Tal possibilidade, inclusive, é expressamente prevista no Decreto nº 3.048/99, em seus artigos 73 e 74²¹⁰, em uma elogiável iniciativa do Poder Executivo no sentido de preservar, da melhor maneira possível, um direito dos segurados cuja previsão legal não está perfeitamente clara. Voltaremos a abordar esse assunto quando tratarmos do tema da acumulação de benefícios.

Para este mito, a parcela de culpa do legislador é substancialmente menor, colaborando em maior medida as reminiscências da legislação anterior, em que o auxílio-doença era expressamente considerado pela lei um benefício temporário, com prazo máximo de duração definido, embora se deva reconhecer que, desde essa época, nunca existiu a disposição de definitividade do benefício de aposentadoria por invalidez. Esse era o conteúdo dos artigos 24, 25 e 27 da Lei nº 3.807/60.

Para encerrar esse tópico, acrescenta-se, como uma nota de curiosidade, que, na Espanha, a divisão entre doença e invalidez é, ainda hoje, feita com base na duração da incapacidade. O benefício previdenciário correspondente ao auxílio-doença é pago por um prazo máximo de trinta meses, atingido somente após um intrincado sistema de prorrogações, após o qual o benefício necessariamente deverá ser cessado ou convertido no benefício correspondente ao que conhecemos por aposentadoria por invalidez²¹¹. O exemplo alienígena serve, aqui, para demonstrar que a classificação temporal das

²⁰⁹ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da Previdência Social**. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 179.

²¹⁰ Art.73. O auxílio-doença do segurado que exercer mais de uma atividade abrangida pela Previdência Social será devido mesmo no caso de incapacidade apenas para o exercício de uma delas, devendo a perícia médica ser conhecedora de todas as atividades que o mesmo estiver exercendo.

(...)

Art.74. Quando o segurado que exercer mais de uma atividade 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.

BRASIL, Decreto nº 3.048, 1999, artigos 73 e 74.

²¹¹ OLEA, Manoel Alonso; PLAZA, José Luis Tortuero. **Instituciones de seguridad social** cit., p. 262-263.

incapacidades não está, em substância, equivocada, tanto que já foi utilizada no direito brasileiro pretérito e segue sendo utilizada em um país latino mais desenvolvido que o Brasil. Apesar disso, ela colide com a dogmática previdenciária brasileira atual, motivo pelo qual se torna inadequada.

3.1.3.4. O conteúdo jurídico dos conceitos de doença e invalidez e sua diferença conceitual

Afastado o uso cotidiano das expressões e desfeitos alguns mitos do Direito Previdenciário, cumpre-nos investigar qual seria, afinal, a diferença entre as incapacidades que dão ensejo aos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. A diferença, a nosso ver, reside na possibilidade de recuperação do segurado para voltar ao exercício de sua atividade ou sua reabilitação para outra função diversa da que ele exercia.

Com efeito, o auxílio-doença é devido em função de incapacidade para a atividade habitual do segurado, enquanto a aposentadoria por invalidez é devida em função de incapacidade para atividade que garanta a subsistência do segurado. Assim, para que se conceda a aposentadoria por invalidez, o segurado deve estar incapaz para sua atividade habitual e deve ser impossível reabilitá-lo para o exercício de outra atividade que lhe garanta a subsistência. Isso nos leva à necessidade de tecer alguns comentários acerca da possibilidade de reabilitação.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que a possibilidade de reabilitação deve ser aferida em abstrato, isto é, não levando em consideração a efetiva possibilidade de reabilitação durante o interstício entre o diagnóstico da doença e seu prognóstico de cura, sob pena de ocasionar um completo esvaziamento do benefício de auxílio-doença.

É mais fácil discorrer a respeito desse assunto sobre exemplos concretos. Suponhamos que um segurado, que trabalha como pedreiro, sofra, nos quatro membros, fraturas simples, com prognóstico de recuperação com imobilização por um período de trinta dias. O segurado em questão, com absoluta certeza, não somente pode ser plenamente reabilitado como pode, em um breve período de tempo, retornar à sua própria atividade habitual. Por outro lado, também é absolutamente certo que, durante os trinta dias em que ele ficar com os quatro membros imobilizados, será impossível que o mesmo desenvolva qualquer tipo de atividade laboral.

Assim, ainda que sua reabilitação seja faticamente impossível nos trinta dias de imobilização, ou seja, antes que esteja completamente recuperado, o segurado, em abstrato, é plenamente suscetível de reabilitação, de modo que lhe deve ser concedido o benefício de auxílio-doença, e não de aposentadoria por invalidez. A solução seria diversa se o mesmo segurado, ao invés da fratura múltipla, estivesse acometido de tetraplegia em razão de uma ruptura total da medula na altura do pescoço. Tal segurado, independentemente do tempo fixado pelo médico para sua alta médica, seria insuscetível, em abstrato, de reabilitação profissional para qualquer atividade, com o que deve receber o benefício de aposentadoria por invalidez desde o início.

Outro aspecto que merece destaque acerca da possibilidade de reabilitação é a questão dos critérios a serem levados em conta para sua aferição. A questão adquire alta relevância na realidade brasileira, em que grande parte dos segurados da previdência e, principalmente, dos que recebem benefícios por incapacidade, são trabalhadores braçais de baixa escolaridade.

Tal fato pode ser aferido por meio de uma interessante estatística publicada pelo Ministério da Previdência Social desde o ano de 2006, referente à distribuição dos benefícios por incapacidade concedidos de acordo com a doença que ocasionou sua concessão. No ano de 2007, 23,38% dos benefícios previdenciários por incapacidade foram decorrentes de males ortopédicos não traumáticos²¹², o que representa a maior participação entre os grupos de doenças. Desse total, cerca de metade é decorrente de problemas nas costas, a maioria consistente em dores nas costas de causas não identificadas²¹³.

É evidente que, do ponto de vista médico, tais doenças dão causa à concessão de tantos benefícios porque os trabalhos dos segurados em questão exigem esforço físico intenso; do contrário, não haveria incapacidade. Com efeito, se um pedreiro sofrer de dores nas costas, será impossível que se flexione o dia todo no exercício de sua atividade, em razão do que estaria evidentemente incapaz para sua atividade habitual. O mesmo não se poderia dizer de um trabalhador com o mesmo problema de saúde que não usasse seu corpo para trabalhar.

Por outro lado, ainda de um ponto de vista estritamente clínico, os segurados nessa condição de trabalhador braçal de baixa escolaridade podem perfeitamente ser reabilitados

²¹² BRASIL. **Acompanhamento mensal dos benefícios auxílios-doença concedidos segundo códigos da Classificação Internacional de Doenças - 10ª Revisão (CID-10)**. Brasília: MPS, 2007, p. 102. Disponível em: <<http://www.previdenciasocial.gov.br/docs/pdf/Aux-Doen%E7a-X-CID-2007.PDF>>. Acesso em: 19 de julho de 2008.

²¹³ Idem, pp. 22-23.

para profissões intelectuais. A realidade dos fatos, entretanto, aponta solução diversa. Com efeito, é absolutamente inviável que um trabalhador, depois de passar toda uma vida desenvolvendo atividades sem especialização, seja, no fim dela, reabilitado para uma profissão intelectual, principalmente levando-se em conta que aqueles poucos que possuem algum estudo são, muitas vezes, analfabetos funcionais.

Eis aí, novamente, a influência da centralidade do trabalho nos benefícios por incapacidade. A possibilidade de reabilitação de que fala a lei não é uma possibilidade médica, mas uma possibilidade de reabilitação para o trabalho, que deve, portanto, levar em conta as condições pessoais do trabalhador, como a idade e a escolaridade, e as condições do mundo de trabalho no qual ele supostamente seria reinserido após essa reabilitação.

A esse respeito, deve ser destacada a aguda percepção de parte da doutrina brasileira, que já se manifestou sobre o assunto:

A discussão aqui abrange a questão da formação da mão-de-obra no Brasil. Como se sabe, a grande maioria dos segurados da Previdência Social está nas camadas mais baixas da população, onde, exatamente, a mão-de-obra, historicamente, é desqualificada, ou seja, não especializada. Assim, em princípio, caso invalidado o segurado para determinada atividade, poderia adaptar-se a outra, visto que não exerce atividade laborativa como trabalhador especializado. Evidentemente que assim não poderá ser no caso de um trabalhador industrial ou mesmo autônomo que tenha exercido a mesma atividade durante toda a sua vida, sendo conhecido, inclusive, por aquela sua especialização. Outro fato que deverá ser levado em conta é a idade do segurado, posto que alguém mais jovem terá maiores chances de aprender novo ofício e readaptar-se ao mercado de trabalho.²¹⁴

As condições pessoais do segurado reclamam uma análise cuidadosa que não deve descuidar-se de 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 poderá acarretar.²¹⁵

Neste caso, constatado que o segurado, pelas suas condições socioeconômicas (ex. não tem instrução suficiente para a

²¹⁴ JORGE, Tárzis Nametala Sarlo. **Manual dos benefícios previdenciários**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 245.

²¹⁵ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da Previdência Social**. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 178.

realização de atividade intelectual e já se encontra em idade avançada para obter tal habilitação), não irá jamais se recuperar para a realização da mesma atividade (ex. de natureza braçal), deve ser concedida a aposentadoria por invalidez e não apenas o auxílio-doença.²¹⁶

Por outro lado, a incapacidade para o trabalho não pode ser identificada apenas a partir de uma perspectiva médica. Não são raros os casos em que o segurado, embora portador de uma incapacidade funcionalmente parcial, se encontra incapacitado para o exercício de qualquer atividade que possa lhe garantir subsistência. É o caso típico do trabalhador braçal, que desempenha suas atividades mediante intenso esforço físico. Uma vez que se encontre incapacitado para o exercício de atividades que demandem esforço físico acentuado, conte com idade relativamente avançada e não apresente formação social ou educacional para desempenho de função que dispense tal esforço físico, na verdade ele se encontra sem condições reais de autoprover-se. A baixa qualificação e a reduzida aptidão para atividades estranhas às credenciais apresentadas pelo trabalhador implicam ausência de condições para o desempenho de qualquer trabalho decente. A análise da incapacidade para o trabalho deve levar em conta, assim, não apenas a limitação de saúde da pessoa, mas igualmente a limitação imposta pela sua história de vida e pelo seu universo social.²¹⁷

Igualmente a jurisprudência reconhece, pacificamente, a estreita ligação dos fatores sociais com a possibilidade de reabilitação para o trabalho, endossando a tese da centralidade do trabalho, mesmo quando possível, clinicamente, a reabilitação. Confira-se os seguintes excertos de dois julgados de diferentes regiões:

A comprovação da incapacidade total e permanente para a atividade laboral habitual do segurado, ainda mais quando acompanhada de idade avançada e do baixo nível de escolaridade dele, inviabiliza, em concreto, a reabilitação para o exercício de outro trabalho que lhe garanta a subsistência e autoriza a concessão do benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez.²¹⁸

Na aferição da incapacidade laborativa, o juiz não está vinculado às conclusões do laudo pericial, devendo examinar também os aspectos sociais e subjetivos do autor

²¹⁶ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Legislação previdenciária comentada**. São Paulo: DPI, 2008, p. 315.

²¹⁷ SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário** cit., p. 225-226.

²¹⁸ BRASIL. TRF da 1ª Região, Primeira Turma Suplementar, Processo nº 9601152261, DO de 04.08.2005. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em 22 de julho de 2008.

no caso concreto, como idade, nível intelectual e profissional. No caso, o apelante tinha 59 anos de idade à época da perícia e sempre exerceu atividades que demandam força física, além de ser pessoa simples e de pouca cultura, circunstâncias demonstrativas da impossibilidade de retorno ao trabalho habitual e da insuscetibilidade de reabilitação para atividades remuneradas que lhe garantam a subsistência.²¹⁹

Um último ponto a ser levado em conta no que tange à reabilitação profissional, sugerido na parte final da última citação doutrinária acima, diz respeito às funções que o segurado pode vir a exercer após a reabilitação. Trata-se, em certa medida, de um problema inverso àquele discutido nos parágrafos anteriores. Dispõe o citado artigo 42 da Lei nº 8.213/91 que o segurado, para ser apto a receber o benefício de aposentadoria por invalidez, deve ser insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

Quando o legislador qualifica a atividade para a qual deve ser reabilitado o segurado, deixa evidente que a reabilitação para qualquer atividade não é suficiente para descaracterizar a possibilidade de concessão da aposentadoria por invalidez. Cumpre, portanto, investigar o significado da expressão “atividade que lhe garanta a subsistência”.

A subsistência do segurado é a sua manutenção. Cada segurado, evidentemente, mantém a si e, eventualmente, à sua família, com os rendimentos que auferir de sua atividade, os quais são substituídos por um benefício previdenciário quando o mesmo se encontra em situação de contingência coberta pelo sistema. Diante disso, para que se possa considerar legítima a possibilidade de reabilitação do segurado para outra atividade, esta outra atividade deve substituir os rendimentos auferidos na atividade anterior, se não exatamente, ao menos em um nível que permita ao segurado manter o padrão de vida outrora possuído, o que constitui noção inerente à sua possibilidade de subsistência.

A subsistência, portanto, é um conceito que não possui uma formulação universal, isto é, não se pode expressar uma noção de subsistência que seja aplicável a todos os segurados, em todas as situações. Ela deve ser aferida caso a caso, com atenção particular às condições pessoais de cada segurado.

Em síntese, portanto, a possibilidade de reabilitação deve ser aferida em abstrato e não durante o tempo fixado para recuperação do segurado, sob pena de completo

²¹⁹ BRASIL. TRF da 3ª Região, Nona Turma, Processo nº 199903990700646, DO de 12.08.2004. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em 22 de julho de 2008.

esvaziamento do benefício de auxílio-doença, e deve levar em conta, além do quadro clínico do segurado, fatores que envolvem também a questão do trabalho, e não apenas questões médicas, tendo em vista o que já se afirmou a respeito da centralidade do trabalho na edificação da ordem social.

Encerrando as ponderações acerca da incapacidade, e novamente em função da importância do trabalho em sua configuração, julgamos oportuno tecer algumas considerações acerca da prova da incapacidade em âmbito administrativo e judicial.

Como é sabido, a prova da incapacidade em âmbito administrativo é feita por meio de uma perícia médica, realizada pelos médicos peritos do INSS, ou por médicos credenciados pela Autarquia. Trata-se de imposição legal, decorrente da disposição do § 4º do artigo 60 da Lei nº 8.213/91, da qual não se pode afastar a administração pública, em razão da vinculação de seus atos.

O mesmo não ocorre, ou, ao menos, não deveria ocorrer, em âmbito judicial. Em razão do princípio do livre convencimento motivado, extraído dos artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil, o juiz deve buscar, até mesmo de ofício, a produção de todas as provas necessárias à instrução do processo, as quais tem liberdade para apreciar, desde que indique os motivos de seu convencimento.

Infelizmente, o que se tem observado é que muitos magistrados não se utilizam de todo o poder que lhes é conferido pela lei, limitando, inexplicavelmente, sua própria liberdade de convencimento. A esse respeito, é farta a jurisprudência entendendo que a demonstração da incapacidade para o trabalho é matéria de prova exclusivamente técnica, não cabendo, para sua demonstração, quaisquer outros meios de prova²²⁰.

Já foi exposto, algumas linhas acima, o motivo pelo qual discordamos dessa postura. Em razão da grande relevância do fator trabalho na caracterização da

²²⁰ A esse respeito, trecho de voto da Desembargadora Federal Suzana Camargo: “Assim, não havia como o advogado do autor, que participou de todos momentos processuais, trazer aos autos outros elementos probatórios que pudessem infirmar a prova pericial realizada”. BRASIL. TRF da 3ª Região, Quinta Turma, Processo nº 95.03.062230-1, DJU de 26.11.2002. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=462>>. Acesso em 21 de julho de 2008. Ainda no mesmo sentido, citando jurisprudência pacífica do próprio Tribunal: “O não acolhimento, pelo MM. Juiz ‘a quo’, do pedido de conversão do julgamento em diligência com a designação de audiência para a oitiva de testemunhas, bem como de realização de nova perícia, tudo com o fim de se obter a aferição da incapacidade do autor, não está a caracterizar cerceamento de defesa. É que, como muito bem asseverou o ilustre prolator da r. sentença recorrida, a comprovação da incapacidade laboral não depende da produção de prova oral, dado que este fator caracteriza-se por ser de ordem técnica, requerendo para sua avaliação, portanto, a efetuação de exame pericial”. BRASIL. TRF da 3ª Região, Quinta Turma, Processo nº 93.03.075186-8, DJU de 12.11.1996. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=462>>. Acesso em 21 de julho de 2008. Julgados semelhantes podem ser facilmente encontrados no Tribunais Regionais Federais das demais regiões e no Superior Tribunal de Justiça.

incapacidade, por imposição da ordem constitucional, a matéria perde sua característica exclusivamente técnica médica. O juiz deverá cotejar os subsídios fornecidos pelo perito acerca da extensão dos problemas de saúde do segurado, e da forma como tais problemas limitam-no, com dados acerca de sua atividade habitual e da própria condição pessoal do segurado, para aferir a efetiva existência de incapacidade para o trabalho e a possibilidade de reabilitação.

Tais dados podem ser colhidos por meio de documentos, testemunhas e até mesmo uma inspeção judicial. Existe, inclusive, previsão legal para tal cotejo, veiculada no artigo 436 do Código de Processo Civil: “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

Ainda pelas mesmas razões, é recomendável que o juiz dê vista às partes para manifestação sobre o laudo pericial, em homenagem ao princípio do contraditório, ainda que alguma delas, notadamente o segurado, em razão de sua hiposuficiência, não tenha acesso ao auxílio de um assistente técnico, já que, como dito, seriam possíveis cotejos das conclusões do perito médico com as especificidades do trabalho do segurado e de suas condições pessoais.

Em termos mais concretos, é evidente que o juiz depende do trabalho do perito médico para lhe apontar a existência de um mal que acomete o segurado. Nenhum juiz poderia conceder um benefício de auxílio-doença diante de um laudo médico afirmando que o segurado está com a saúde perfeita. Constatada, entretanto, a existência de uma doença, não caberá somente ao médico a determinação de como tal doença repercute na capacidade do segurado para o trabalho, sendo cabível, nesse particular, a busca, com o indispensável auxílio das partes, de outros elementos para a perfeita delimitação da existência e da extensão da incapacidade.²²¹

3.2. O cálculo do valor do benefício

O exame da regulamentação acerca do cálculo do valor dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez há que ser dividido em dois momentos, em função de uma marcante alteração legislativa nessa matéria.

²²¹ Ver, a respeito, as ponderações de SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário** cit., p. 219-222.