

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
Faculdade de Direito**

Anna Letícia Costa Carvalho Santos

**JUDICIALIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO:
Benefício de Prestação Continuada e Auxílio Doença.**

MARABÁ

2017

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
Faculdade de Direito**

Anna Letícia Costa Carvalho Santos

**JUDICIALIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO:
Benefício de Prestação Continuada e Auxílio Doença.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito final para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará – UNIFESSPA,

Orientadora:
Prof^a. Raimunda Regina Ferreira Barros

**MARABÁ
2017**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Josineide da Silva Tavares da UNIFESSPA.
Marabá, PA

Santos, Anna Letícia Costa Carvalho
Judicialização na aplicação do Direito
Previdenciário: benefício de Prestação Continuada e Auxílio
Doença / Anna Letícia Costa Carvalho Santos ; orientadora,
Raimunda Regina Ferreira Barros. — 2017.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) -
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus
Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e
Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito,
Marabá, 2017.

1. Previdência social - Legislação. 2. Auxílio-doença. 3.
Benefícios previdenciários. 4. Instituto Nacional do Seguro
Social (Brasil). I. Barros, Raimunda Regina Ferreira, orient. II.
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.6

Elaboração: Alessandra Helena da Mata Nunes

Bibliotecária-Documentalista CRB2/586

Anna Letícia Costa Carvalho Santos

**JUDICIALIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO:
Benefício de Prestação Continuada e Auxílio Doença.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito final para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará – UNIFESSPA.

Marabá, 14 de março de 2017.

Banca Examinadora:

Prof.
Raimunda Regina Ferreira Barros

Prof.
Rejane Pessoa de Lima

Aprovada em: 14/03/2017

Conceito: excelente.

AGRADECIMENTOS

Ao final dessa trajetória, que não trilhei sozinha, quero retribuir o apoio e solidariedade de pessoas muito especiais que viveram comigo os desafios desse processo, agradecendo de coração primeiramente a Deus, o qual permitiu que tudo isso acontecesse em minha vida, e não somente por estes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer;

À Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará;

À minha caríssima orientadora, Raimunda Regina, pelo privilégio de juntas realizarmos esse trabalho, compartilhando seu saber crítico, disponibilizando seu tempo sem restrições, e adensando reflexões e incômodos que me proporcionaram um aprendizado ímpar;

Aos meus pais, José Martins Carvalho Júnior e Maria Geovane Costa Carvalho por toda educação, absoluto incentivo e apoio incondicional;

Obrigado a minha irmã, Maria Luana Costa Carvalho além de todo amor e companheirismo é um exemplo de estudante;

Ao meu esposo, Gleison Rubens Feitosa dos Santos por todo apoio, amor, paciência, compreensão e incentivo para a concretização deste trabalho;

A minha vó, Margarida Francisca de Sousa Costa, que sempre me faz acreditar que posso vencer;

Muito obrigado a todos os professores, companheiros de sala de aula, e em especial aos meus amigos Adriano Oliveira, Ráissy Milhomem, Fábio Leonato, Marco Aurélio, Sara Coelho e Kássia Evangelista, que me proporcionaram viver a amizade, que fizeram parte dessa jornada e que continuarão presentes na minha vida com certeza.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo “Judicialização na Aplicação do Direito Previdenciário: Benefício de Prestação Continuada e Auxílio-Doença”. O trabalho observa os requisitos para a concessão do benefício auxílio-doença e Benefício de Prestação Continuada especificando cada um, bem como destaca aspectos relevantes, como a evolução histórica e o papel do INSS e do Judiciário na garantia desses benefícios, além da relação entre as partes, autarquia e juiz, buscando a devida compreensão do tema. Para isso, traça uma análise da doutrina pertinente ao tema em conjunto com uma análise crítica das sentenças proferidas em ações previdenciárias no âmbito do 2º Juizado Especial Federal de Marabá-PA.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Auxílio-doença. Benefício Assistencial. Instituto Nacional do Seguro Social. Judicialização.

ABSTRACT

The present monograph has as object of study "Judicialization in the Application of the Right to Social Security: Benefit of Continuous Rendering and Assistance-Sickness". The work observes the requirements for granting the sickness benefit and Continuous Benefit Benefit by specifying each one, as well as highlighting relevant aspects such as the historical evolution and the role of the INSS and the Judiciary in guaranteeing these benefits, as well as the relationship between the Parties, autarchy and judge, seeking the proper understanding of the theme. For this, it traces an analysis of the doctrine pertinent to the subject together with a critical analysis of the sentences pronounced in social security actions within the scope of the 2nd Federal Special Court of Marabá-PA.

Keywords: Social Security Law. Sickness aid. Benefit Assistance. National Institute of Social Security. Judiciary.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
BPC	Benefício de Prestação Continuada
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNIS	Cadastro Nacional de Informações Sociais
COPES	Cobertura Previdenciária Estimada
CPC	Código de Processo Civil
CR	Constituição da República
DCB	Data de Cessação do Benefício
DER	Data de Entrada do Requerimento Administrativo
DIB	Data do Início do Benefício
DJU	Diário de Justiça da União
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
JEF	Juizado Especial Federal
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
MP	Medida Provisória
OIT	Organização Internacional do Trabalho
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
RPPS	Regime Próprio Previdenciário
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUAS	Sistema Único de Assistência Social
TNU	Turma Nacional de Uniformização
TRF	Tribunal Regional Federal
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
INPC	Índice Nacional de Preços ao Consumidor

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	10
2 – AUXÍLIO-DOENÇA, BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E A AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA	11
2.1. Auxílio-doença.....	11
2.1.1. Breve histórico e conceituação	11
2.1.2. Previsão legal	12
2.1.3. Quem tem direito ao benefício	13
2.2. Benefício de Prestação Continuada	14
2.2.1. Evolução histórica no Brasil.....	14
2.2.2. Conceito de Benefício de Prestação Continuada	16
2.2.3. A quem se destina	17
2.2.4. Relação com princípio da dignidade da pessoa humana	18
2.3 Instituto nacional de Seguro Social	20
2.3.1 O INSS e sua competência institucional.....	20
2.3.2 O Auxílio-Doença e Benefício de Prestação Continuada no bojo das obrigações do INSS	20
2.3.3 Atual situação do Sistema Previdenciário brasileiro	21
3 - PROCEDIMENTO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS ESTUDADOS	22
3.1 Requisitos legais para a concessão do auxílio-doença pela autarquia previdenciária.....	22
3.2 Requisitos legais para concessão do Benefício de Assistência Social pelo INSS.....	25
3.3 Procedimento de análise dos requisitos de concessão dos benefícios pelo Poder Judiciário.....	27
3.4 Análise da relação entre as partes: autarquia, juiz, segurado e advogado.	30
4 - ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA E BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NA ÁREA DE COMPETÊNCIA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE MARABÁ	31
4.1 Análise de dados	31
4.2 Consequências da atuação do judiciário na análise dos requisitos de concessão dos benefícios em suas decisões	43

5 – CONCLUSÃO.....	46
Referências	48

1 – INTRODUÇÃO

A judicialização do Direito Previdenciário ganha notório espaço na análise do Direito dada a relevância, a expressividade e permanência desta no cenário previdenciário.

O INSS – Instituto Nacional do Seguro Social é uma autarquia do Governo Federal ligada ao Ministério da Previdência Social, criado com base no Decreto nº 99.350 de 27 de junho de 1990, o qual possui como função precípua gerenciar os planos de benefícios do RGPS, ou seja, responsável pelos pagamentos das aposentadorias e demais benefícios dos trabalhadores brasileiros que contribuem com a Previdência Social.

Nas palavras de Feijó Coimbra:

“Foi, precisamente, como resultado da gradativa admissão da conveniência política (no sentido de Política Social) de dar ao cidadão, na ocorrência da necessidade advinda de sua submissão ao risco social, uma proteção dia a dia mais completa, que se elaboraram as regras de Direito Previdenciário, gerando para o cidadão direitos subjetivos, sempre que vitimado pela eclosão de acontecimentos geradores de necessidade”. (COIMBRA, 2001)

Esta autarquia previdenciária, tendo como finalidade principal a execução dos serviços que interessam a coletividade, tem dado margem a críticas quanto a execução de suas funções, surgindo como principal efeito desta desídia a fixação de outras áreas autônomas ao executivo, ou seja, o surgimento e preponderância do poder judiciário. Desta forma, a Justiça passa a preencher as lacunas da autarquia, e a instruir, criar parâmetros, em ocorrências que não deveriam estar totalmente submetidas ao judiciário.

Sobrevém deste modo, a Judicialização na matéria previdenciária, tema que será analisado neste Trabalho de Conclusão de Curso. Uma vez que a previdência se encontra em uma real escassez em proporcionar ao cidadão aquilo que lhe é de direito positivado, gerando como principal consequência o notável processo de substituição do poder executivo, e suas funções sociais, pelo poder judiciário, desvirtuando os princípios da seguridade social e coagindo indiretamente o segurado a buscar seus direitos no judiciário.

Consoante com os entendimentos de Wagner Balera (BALERA, 2008): “São notórias as deficiências administrativas da autarquia pública que administra o sistema brasileiro. Deficiências na estrutura organizacional; no material humano e nos equipamentos”; e o entendimento de Daniella Santos Magalhães (MAGALHÃES, 2012): “...é importante considerar que a Judicialização consiste em uma espécie de transferência do poder político (na aplicação de políticas públicas, por exemplo) para o poder judiciário...”.

A explanação do tema apresentado, faz-se necessária para que, de forma mais clara os sistemas, órgãos e indivíduos envolvidos neste cenário busquem uma eficiente aplicação das normas previdenciárias, um sólido desempenho dos órgãos de aplicação destas normas e de direta e indireta concessão dos benefícios e uma conscientização daqueles que pleiteiam seus direitos, tanto dos segurados - dos indivíduos que são assistidos pela seguridade, e daqueles que os ajudam a obter estes direitos – os advogados.

A maneira mais eficiente para a solução deste problema da judicialização dos benefícios previdenciários, é a necessária aplicabilidade dos princípios previdenciários (além da dignidade da pessoa humana), um eficaz desempenho da previdência, e uma organização, uma uniformização de normas da Autarquia previdenciária. Assim, haverá uma atuação do judiciário e da seara administrativa – autarquia previdenciária – dentro de “limites” consistentes e inerentes aos mesmos.

Diante disso, em um primeiro momento (capítulo I), o trabalho expõe de forma particular os benefícios de auxílio-doença e benefício assistencial, além do Instituto Nacional do Seguro Social, demonstrando sua evolução histórica, previsões legais e variadas observações concernentes ao tema. No segundo capítulo é feita uma análise específica quanto ao procedimento de concessão dos benefícios objetos deste estudo.

Por fim, o último capítulo (III) apresenta as características da judicialização na concessão dos benefícios mencionados, especificando a atuação do 2º Juizado Especial Federal de Marabá/PA, traçando, ao final, uma análise crítica das decisões judiciais com a finalidade de melhor demonstrar a aplicação real do tema.

2 – AUXÍLIO-DOENÇA, BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E A AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA

2.1. Auxílio-doença

2.1.1. Breve histórico e conceituação

O gênero Seguridade Social, a partir da Constituição Federal de 1988 passou a organizar a proteção social no Brasil de uma forma mais ordenada, por meio das áreas da Previdência Social, Seguridade Social e saúde.

A Constituição da República de 1988, reuniu a previdência à assistência social e a saúde, criando a seguridade social, porém, somente em 1991, com a promulgação da Lei 8213 de 24 de julho de 1991, que entrou em vigor o auxílio-doença.

O benefício de Auxílio-doença está inserido no âmbito da Previdência Social, a qual se diferencia da assistência social e da saúde pública, através do seu caráter contributivo, uma vez que terão cobertura da previdência somente aquelas pessoas que verterem contribuições ao regime em que se filiaram.

O auxílio-doença possui/possuía três espécies, sendo que apenas o auxílio-doença previdenciário ainda é concedido atualmente, os outros, auxílio doença do trabalhador rural e a espécie auxílio-doença do extinto Plano Básico já não mais. Este, foi extinto a partir da Lei Complementar nº 11/71, e aquele teve a concessão suspensa a partir da Lei nº 8.213/91, devido a unificação dos regimes urbano e rural.

Nas palavras de Ivan Kertzman: “o auxílio doença é o benefício devido ao segurado que ficar incapacitado para seu trabalho ou para atividade habitual, por mais de quinze dias consecutivos (KERTZMAN, 2014)”.

Carlos Alberto Vieira de Gouveia conceitua o benefício de forma mais interna, nestes termos: “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 (GOUVEIA, 2009)”.

2.1.2. *Previsão legal*

O ordenamento jurídico disciplina o benefício previdenciário de Auxílio-doença a partir da previsão na Carta Magna de 1988, a qual, em seu art. 201, inciso I, assevera que:

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; [...]

O auxílio-doença pode ser de dois tipos: auxílio-doença acidentário, quando decorrente de acidentes do trabalho e seus equiparados, doença profissional e doença do trabalho; e auxílio-doença previdenciário, de origem não ocupacional, o qual se aplica aos demais casos, sendo este último o objeto de estudo deste trabalho.

A Lei 8.213/91, a qual dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, em seu artigo 59 dispõe:

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.

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Esse curto período de 15 dias pago pelo empregador integra o salário-de-contribuição do trabalhador, a partir do 16º dia, se a incapacidade para o trabalho perdurar, o pagamento passa a ser feito pela Previdência Social, consistindo em uma renda mensal correspondente a 91% do salário-de-benefício (art. 61) e, com permanência durante a incapacidade do segurado, conforme o artigo:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional.

Parágrafo único. O benefício será mantido até que o segurado seja considerado reabilitado para o desempenho de atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.

Essa renda só será devida ao empregado segurado quando estiver afastado de suas atividades a contar do 16º dia, com exceção do segurado doméstico; a contar da data do início da incapacidade para os demais segurados; e a contar da data de entrada do requerimento, quando requerido após 30 dias do afastamento da atividade, para todos os segurados, conforme preveem os incisos do art. 72 do Decreto 3.048/99, o qual aprova o Regulamento da Previdência, *in verbis*:

Art. 72. O auxílio-doença consiste numa renda mensal calculada na forma do inciso I do **caput** do art. 39 e será devido:

I - a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade para o segurado empregado, exceto o doméstico

II - a contar da data do início da incapacidade, para os demais segurados; ou

III - a contar da data de entrada do requerimento, quando requerido após o trigésimo dia do afastamento da atividade, para todos os segurados.

O segurado em gozo de auxílio-doença está obrigado a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado quando o segurado estiver insuscetível de recuperação para sua atividade habitual e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos (art. 78 e 79, *caput*, do Dec. 3.048/99).

2.1.3. Quem tem direito ao benefício

A Previdência Social no Brasil é composta por Planos Básicos e Planos complementares, sendo os primeiros compulsórios para as pessoas que exerçam atividade laboral remunerada, ao contrário dos últimos, que visam apenas ofertar

prestações complementares para a manutenção do padrão de vida do segurado e de seus dependentes (AMADO, 2012).

O Plano básico é composto pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS, o qual é obrigatório para todos os trabalhadores em geral¹, e pelo Regime Próprio da Previdência Social – RPP's, obrigatório para os servidores públicos efetivos e para os militares.

O Regime Geral de Previdência Social é gerido pelo Instituto Nacional de Previdência Social – INSS, o qual gerencia os valores arrecadados pelo contribuinte a fim de garantir a subsistência ao trabalhador que, por algum motivo, está impossibilitado de realizar suas funções, destinando esses valores a garantia de vários benefícios, entre eles o auxílio-doença.

Diante disso, faz jus ao benefício de Auxílio-doença todos os contribuintes do RGPS, que após cumprir a carência, quando for o caso, ficar incapaz para o trabalho ou para sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos (artigo 59 da Lei 8.213/91). Não sendo devido o benefício ao segurado que se filiar ao RGPS já sendo portador de doença ou lesão invocada como causa da concessão do benefício.

2.2. Benefício de Prestação Continuada

2.2.1. Evolução histórica no Brasil

Durante anos a questão social esteve ausente das formulações de políticas no país, é com a Constituição Federal de 1988 que se estabelece a condição de política pública à assistência social e se oficializa a Seguridade Social, sistema instituído com a finalidade de proteger o cidadão em relação à Saúde, Previdência e Assistência Social.

A partir de 1988, a Assistência Social, além de se ter tornado um componente da Seguridade Social, passou a ser um direito social a ser concretizado por uma política pública correspondente – a política de Assistência Social (AMADO, 2012).

Tatiana Fonseca, ao relatar a respeito da Seguridade Social Brasileira acrescenta que foi no governo Collor que a situação da Seguridade Social começa a tomar forma, “quando o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - Inamps, foi transferido do Ministério da Previdência para o Ministério da Saúde e

¹ Exceto para os servidores públicos efetivos e militares cobertos por regime previdenciário próprio.

criou-se um Ministério de Ação Social, com a responsabilidade de tratar de assuntos relativos à Assistência Social”. (FONSECA, 2007)

Assim, a criação do Benefício de Prestação Continuada remonta ao artigo 203, V da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal 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, conforme dispuser a lei.

Desta feita, a criação da Lei 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, fez-se imprescindível, a qual estabelece normas e critérios para organização da assistência social e foi regulamentada, sobretudo pelo Decreto 1.744/95 e alterada pelas leis 9.720 e 10.689/2003.

Importante destacar ainda, sobre o surgimento da Lei Orgânica da Assistência Social:

[...] a LOAS consolida-se na sociedade brasileira a partir da necessidade da população em garantir seu espaço no contexto político-social. É neste bojo que a LOAS aparece como instrumento da conquista dos direitos sociais, porém inscrita dentro de um projeto político, determinado pela classe dominante que usa a justiça para demonstrar o tom democrático da sociedade capitalista.

A LOAS ao priorizar os segmentos (idosos, portadores de necessidades especiais, crianças e adolescentes, desempregados de longa duração), esta lei busca construir um sistema de proteção social, voltado para as exclusões sociais garantindo assim a cidadania e fazendo da assistência social uma política de equidade, já que relega ao Estado a responsabilidade da garantia dos direitos sociais, bem como chama a atenção da sociedade como um todo, para a discussão em torno dos direitos de cidadania. (CARVALHO, 2007, p.03)

O BPC é disciplinado então, preliminarmente no artigo 20 da Lei 8.742/93, *in verbis*:

O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

No ano de 2005 criou-se o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) conforme determinações da LOAS (art. 6º) e da Política Nacional de Assistência Social, o qual tem por função a gestão do conteúdo específico da Assistência Social no campo da proteção social brasileira.

O Sistema organiza as ações da assistência social em dois tipos de proteção social. A primeira é a Proteção Social Básica, destinada à prevenção de riscos sociais e pessoais, por meio da oferta de programas, projetos, serviços e

benefícios a indivíduos e famílias em situação de vulnerabilidade social. A segunda é a Proteção Social Especial, destinada a famílias e indivíduos que já se encontram em situação de risco e que tiveram seus direitos violados por ocorrência de abandono, maus-tratos, abuso sexual, uso de drogas, entre outros aspectos. (SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL , 2015)

2.2.2. *Conceito de Benefício de Prestação Continuada*

O Benefício assistencial de prestação continuada (BPC) previsto na Constituição Federal, foi instituído pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei nº 8.742/93.

A Lei, em seu art. 20, afirma que o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

O Benefício de Prestação Continuada é constitutivo da Política Nacional de Assistência social e integrado às demais políticas setoriais, e visa ao enfrentamento da pobreza, à garantia da proteção social, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais, nos moldes definidos no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.742, de 1993. (BRASIL, 2007:1 apud FONSECA, 2007, p. 18)

De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário o BPC é um benefício da política de assistência social, que integra a Proteção Social Básica do Sistema Único de Assistência Social (Suas). (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E AGRÁRIO, 2015)

Jadiel Galvão Miranda (2007, pg. 276) defende a denominação do BPC da seguinte forma:

A denominação “benefício de prestação continuada” é inadequada, uma vez que tem aptidão para apenas designar uma categoria de benefícios, já que os benefícios pecuniários, em quase sua totalidade, são pagos em forma de prestação mensal e sucessiva, o que lhes dão o caráter de continuado. Tendo em vista a impropriedade da denominação do benefício, convencionou-se designá-lo como *benefício assistencial* ou *amparo social*, mais adequado de sua aplicação, que é a assistência social.

Definição que deve ser sustentada, uma vez que o benefício assistencial, assim como quase a totalidade dos benefícios assistenciais ou previdenciários são de prestação continuada, e não somente este.

Como visto, a finalidade do benefício assistencial é garantir o atendimento de necessidades básicas de cidadãos que não conseguem prover sozinhos seu sustento,

tal fato, denomina-se de proteção social, a qual nada mais é que uma questão de justiça social.

2.2.3. *A quem se destina*

A seção IV do capítulo II da Constituição Federal em seu art. 203 descreve os objetivos da Assistência Social, assegurando a garantia de um salário mínimo de benefício mensal 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, conforme dispuser a lei (inciso V do mencionado artigo).

Deste modo, são contemplados com o benefício assistencial os idosos, com 65 anos de idade ou mais, e as pessoas portadoras de deficiência, as quais devem comprovar não possuir meios de prover sua própria manutenção, estarem impossibilitadas a realização de atividades laborativas, e também que sua manutenção não possa ser suprida por membros de sua família.

A idade mínima de 65 anos restou estabelecida a partir da aprovação do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03. Sendo, por meio da Lei 12.435/2011, atualizado o art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (Lei 8.742/93), para fazer constar a idade mínima de 65 anos para o idoso fazer jus ao benefício.

Quanto a definição de pessoa com deficiência, o art. 20, § 2º, da LOAS, aduz que pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Consoante a isto, Ivan Kertzman (2014, pg. 437) acrescenta que “os benefícios da assistência social se destinam apenas aos brasileiros natos e aos estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não estejam amparados pelo sistema previdenciário do país de origem. Os indígenas também podem usufruir destas prestações”.

Por fim, de acordo com a Previdência Social os principais requisitos para o recebimento deste benefício, além do mencionado é possuir renda familiar de até 1/4 do salário mínimo em vigor, por pessoa do grupo familiar (incluindo o próprio requerente), possuir nacionalidade brasileira; possuir residência fixa no país; e não estar recebendo benefícios da Previdência Social. (PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015)

2.2.4. *Relação com princípio da dignidade da pessoa humana*

A dignidade da pessoa humana é direito fundamental garantido pela Constituição federal em seu primeiro artigo.

Este princípio da dignidade da pessoa humana é o cerne do ordenamento jurídico, é o unificador de todos os direitos fundamentais, em maior ou menor abrangência, e por ser um dos fundamentos da Constituição Federal da República, deve estar atrelado à legislação previdenciária, devendo ser salientado a sua relatividade diante de específicas situações.

A dignidade da pessoa humana é um valor moral inerente à pessoa, portanto, de observância imperativa pelo Estado, o qual por meio dos mecanismos que lhe são pertencentes, deve garantir o bem comum, uma vida digna a todas as pessoas.

A concessão dos benefícios previdenciários que possuem como requisito incapacidade laborativa – como o Benefício Assistencial da LOAS e Auxílio-doença, deve estar além de uma análise rigorosa de incapacidade, neste sentido Bortollato:

A incapacidade laborativa é evento determinante de diversos benefícios previdenciários passíveis de concessão pela autarquia previdenciária. Conseqüentemente quando solicitado algum destes direitos sob a alegação de incapacidade para o trabalho, cabe ao INSS ou ao Juízo, em caso de ação judicial, a avaliação e constatação por intermédio de exame médico pericial. Contudo, se a solicitação é negada sob o argumento de inexistência de incapacidade laborativa, resta ao interessado opor-se a esta constatação por meios externos ao órgão gestor, na tentativa de convencimento do Magistrado. Neste sentido, a concessão ou manutenção do benefício incapacitante visa manter a dignidade da pessoa humana, mormente as que chegam à idade senil incapacitadas ou absolutamente empobrecidas, sem ter como prover sua subsistência. (FONSECA, 2015)

Leciona Jádriel Galvão (MIRANDA, 2007, p. 24) de forma eminente a relação do princípio da dignidade da pessoa humana com o Benefício de Prestação Continuada:

A dignidade da pessoa humana, apesar do elevado grau de abstração do seu significado, repousa suas bases no sentimento de respeito aos direitos naturais e inalienáveis do homem, como a vida e a integridade física e psíquica, princípio estruturado sob os signos da igualdade, liberdade e solidariedade entre homens[...].

Portanto, a *dignidade da pessoa humana* é valor fundamental que dá suporte à interpretação de normas e princípios da seguridade social, de modo a situar o homem como fim de seus preceitos, e não como objeto ou instrumento.

Em tema de seguridade social, garantir o *mínimo existencial* (um dos núcleos do princípio da dignidade da pessoa humana) significa proporcionar condições materiais mínimas (prestações e serviços) para assegurar subsistência digna e vida saudável ao indivíduo atingido por determinadas contingências sociais.

Desta maneira que se manifesta a Seguridade Social, como um mecanismo para a materialização da dignidade da pessoa humana, como uma forma de resgatar o homem. Resgatando a dignidade do cidadão que não possui meios de adquirir

sustento seja por suas limitações físicas ou como um meio de proteção àqueles excluídos da proteção previdenciária na última fase da vida.

No entanto, ao longo do tempo, o benefício de prestação continuada tem sido disciplinado, e substancialmente, concedido em um cenário de inobservância deste princípio.

Consoante, as palavras de Andressa Simmi:

[...] as pessoas idosas e/ou portadores de necessidades especiais deveriam encontrar neste benefício uma forma de proteção e dignidade por meio do amparo estatal. No entanto, apesar de ser direito subjetivo e público do cidadão, a implementação do benefício assistencial enfrenta problemas na sua efetivação e no alcance a todos que dele necessita. A relevância deste artigo é demonstrar que a lei não pode se resumir a uma mera norma. É enfatizar que ela tem de ser efetiva na sociedade, não adiantando existir previsão de um benefício voltado à dignidade da pessoa humana sem que ele se concretize, na prática, em virtude de critérios demasiadamente rígidos, como o da questão da renda per capita. (CAVELHEIRO, 2016)

O cerne deste princípio é a garantia do mínimo existencial, ou seja, um princípio capaz de assegurar as condições mínimas de existência digna, onde é latente o objetivo de garantia à assistência social e à saúde.

Sendo este o objetivo da Seguridade Social: a garantia aos cidadãos de um patamar mínimo, e digno de pessoa humana, de condições de vida. Ao abordar este tema Ana Helena Nunes (NIGRO, 2010):

A dignidade humana, hodiernamente reputada como um vetor finalístico do Direito e da Justiça, desempenha o mais importante papel no cenário jurídico das sociedades contemporâneas. Sabendo que a finalidade do Estado de Direito é proteger e amparar o cidadão, o preceito da dignidade da pessoa humana se torna o único meio de se atingir o bem-estar social.

Especialista no tema, Luís Roberto Barroso, acrescenta: "...o elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental...". (BARROSO, 2001)

Em termos gerais, o princípio da dignidade da pessoa humana consiste em que as pessoas tenham uma vida digna, e seu núcleo é composto pelo mínimo existencial, que consiste em conjunto de prestações materiais mínimas, as quais, nas palavras de Ana Barcellos (BARCELLOS, 2008):

Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça" [grifo nosso].

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma técnica de interpretação para a concretização dos direitos fundamentais presentes na Constituição.

2.3 Instituto nacional de Seguro Social

2.3.1 O INSS e sua competência institucional

O sistema previdenciário brasileiro possui uma abrangência maior do que a estimada, estando estruturado sob três regimes distintos: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS); o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS); e o Regime de Previdência Complementar.

Inserido no âmbito da Seguridade Social, atua o subsistema da Previdência Social por meio do Instituto Nacional de Seguro Social.

O órgão federal responsável pela Previdência e pertencente ao Ministério da Previdência Social, Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, é a instituição pública criada para atender necessidades sociais dos contribuintes.

Compete ao INSS a operacionalização do reconhecimento dos direitos da clientela do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, o qual está disciplinado no artigo 201 da Constituição Federal que trata da Previdência Social.

O sistema abrange tanto os trabalhadores urbanos, quanto os rurais, integrando o seu rol de segurados obrigatórios: o trabalhador empregado; o empregado doméstico; o contribuinte individual (categoria de trabalhadores por conta própria, em que figuram, dentre outros, o trabalhador autônomo, o eventual, o empresário e o ministro de confissão religiosa); o trabalhador avulso; e o segurado especial. A regra geral é que estão vinculados a esse regime todos os trabalhadores que exerçam atividade remunerada e que, simultaneamente, não estejam filiados a regime próprio de previdência. (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2009)

Deste modo, garante-se a execução da Previdência Social, com o fim de garantir a renda do contribuinte e de sua família, em casos de doença, acidente, gravidez, prisão, morte e velhice.

Suscintamente, ao INSS compete, atualmente, gerir o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, conceder e manter os benefícios e serviços previdenciários e emitir certidão relativa a tempo de contribuição.

2.3.2 O Auxílio-Doença e Benefício de Prestação Continuada no bojo das obrigações do INSS

Conforme conceitua José dos Santos Carvalho Filho, autarquia é pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas

do Estado (CARVALHO FILHO, 2009, p.445), logo, inerente ao INSS a proteção social dos indivíduos protegidos direta ou indiretamente pelo Estado, uma vez que responde nos mesmos termos.

A Previdência Social, também pode ser analisada como um instituto de contribuição e associação obrigatória, onde a maioria trabalhadora, juntamente com empregadores e o Estado, devem garantir a existência de uma minoria incapaz de trabalhar.

A concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença pela INSS encontra-se no bojo das obrigações da Autarquia, a qual estipula uma série de regras específicas para este tipo de benefício quando pleiteado como, por exemplo, número mínimo de contribuições, ou período de carência, tipo de regime de filiação, e até mesmo hipóteses que excluem a concessão do benefício, v.g. doença pré-existente a inclusão no Regime.

Uma vez ausente estes atributos, o benefício transforma-se em seguridade, em assistência social, o qual é denominado Benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência (BPC/LOAS), que, por se tratar de um benefício assistencial, não é necessário ter contribuído ao INSS para ter direito a ele.

Deste modo, o INSS como Autarquia Federal, demonstra total competência e gestão da concessão dos benefícios previdenciários e também assistenciais.

2.3.3 Atual situação do Sistema Previdenciário brasileiro

O Poder Público participa do financiamento do regime previdenciário mediante o destaque de parcela do orçamento geral, que não conta com percentual definido, podendo variar conforme as disponibilidades financeiras do Tesouro Público e as necessidades (ou déficits) do regime geral.

O sistema nacional de benefícios há muito vem sendo objeto de reformas com o objetivo de melhorias nos procedimentos internos e externos – o alcance à toda população e a viabilização da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, desde a promulgação da Constituição de 1988 com a implantação do sistema da seguridade social.

Todavia, as medidas que têm sido adotadas, em sua maioria, não foram submetidas a um estudo prévio e a análise de riscos futuros, o que acabou por desestabilizar profundamente os cofres públicos. Aumentou-se os benefícios, no entanto permaneceram as mesmas bases de financiamento, a qual terminou por não suportar.

Um dos mais graves problemas do sistema é a apertada relação entre ativos e inativos. Ademais, são evidentes as deficiências existentes na autarquia que administra o sistema previdenciário, tratando-se singularmente da realidade da cidade de Marabá/PA, a estrutura do prédio da previdência não fornece quaisquer condições de trabalho aos seus servidores, quiçá aos segurados que estão ali para a garantia de seus direitos e de maneira consternada está submetido ao mau atendimento, a ausência de informações, a degradante estrutura e por fim, a violação de seus direitos.

Deste modo, as reformas que foram sendo erguidas, objetivavam unicamente a garantia da economia, a contenção do déficit público, não havendo óbice ao alcance destes objetivos, nem mesmo os benefícios outrora garantidos ou as leis benéficas promulgadas. Nas palavras de Wagner Balera “é consensual, no pensamento jurídico e social dominante, que o movimento de reformas previdenciárias, não tendo atacado o cerne dos problemas existentes, não passou de um remendo, sem maiores consequências no médio e no longo prazo”. (BALERA, 2008)

A previdência brasileira baseia-se no sistema de partição simples: o trabalhador ativo de hoje financia os inativos, e posteriormente aqueles serão financiados por trabalhadores ativos quando chegarem à inatividade. Portanto, para o governo a solução é manutenção e crescente inserção de pessoas no mercado de trabalho – para a estabilização do sistema, vez que é necessário um contingente muito maior de ativos para que sejam mantidos os inativos, e a inserção de benefícios previdenciários com valores mais baixos possíveis e sejam pagos por um tempo mínimo. Esquecendo-se da real importância social da Previdência e Assistência Social, e dos direitos dos cidadãos brasileiros.

3 - PROCEDIMENTO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS ESTUDADOS

3.1 Requisitos legais para a concessão do auxílio-doença pela autarquia previdenciária

O benefício de Auxílio-doença, concedido pela Autarquia Previdenciária pode decorrer por acidente de trabalho e sem decorrer de acidente de trabalho – Auxílio-doença previdenciário, o qual é o cerne desta pesquisa.

Trata-se de benefício não programado devido ao empregado que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos (AMADO, 2012), e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

Aqueles que podem requerer o auxílio-doença, são os chamados segurados, ou seja, aqueles que podem pleitear benefícios junto ao INSS, os quais, de certa forma, alimentam a autarquia monetariamente com suas contribuições previdenciárias, como os segurados empregados, especial, facultativo, empregado doméstico, trabalhador avulso e segurado especial.

A concessão do benefício depende do período de carência de 12 contribuições mensais (art. 25, I, Lei nº 8.213/91), carência é, pois, o número de contribuições mensais necessárias para a efetivação do direito a um benefício.

Tal período de carência é dispensado em casos de acidente de qualquer natureza, doença profissional ou do trabalho e doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social, última atualização legislativa prevista na Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015.

Ademais, a concessão de auxílio-doença aos segurados especiais independe de carência, devendo os mesmos comprovarem o exercício de atividade rural pelo período de 12 meses imediatamente anterior ao requerimento do benefício, ainda que por período descontínuo.

Nas palavras de KERTZMAN (2014, p. 331):

O objetivo da carência é evitar que os segurados comecem a contribuir para o sistema de proteção social com o único objetivo: obter determinado benefício. Se não houvesse a necessidade de cumprimento de carência, seria possível que uma pessoa, no momento de sua doença, contribuísse por um mês para o RGPS e de imediato solicitasse o benefício por incapacidade temporária.

Inserido na condição de beneficiário da previdência, e tendo adquirido o período de carência, tem o requerente ao auxílio-doença a qualidade de segurado da Previdência Social, portanto, qualidade de segurado é a condição atribuída a todo cidadão filiado ao INSS que possua uma inscrição e faça pagamentos mensais a título de Previdência Social.

Uma vez perdida esta qualidade de segurado, a qual ocorrerá no 16º dia do 2º mês subsequente ao término do prazo em que estava no “período de graça”, incluindo-se as prorrogações, deverá o beneficiário cumprir todo o período de carência novamente.

Nos termos da Legislação (art. 15 da Lei nº 8.213/91), mesmo em algumas condições sem recolhimento, estes filiados ainda poderão manter a qualidade de segurado, o que se denomina de período de graça:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

- I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
- II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
- III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
- IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;
- V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;
- VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

Outro substancial requisito para concessão do auxílio-doença é a verificação da incapacidade laborativa, a qual é realizada mediante exame médico-pericial a cargo do INSS.

A Lei 13.135 de 2015, trouxe inovações à Lei 8.213/91, no que concerne ao sistema de realização de perícias médicas, estas, que anteriormente só poderiam ser realizadas por médicos concursados do INSS, doravante, o INSS poderá, sem ônus para os segurados, celebrar contratos não onerosos ou acordos de cooperação técnica para realização de perícia médica, por delegação ou simples cooperação técnica, sob sua coordenação e supervisão, com órgãos e entidades públicos ou que integrem o Sistema Único de Saúde (art. 60, §5º, Lei 8.213/91).

A constatação da incapacidade laborativa, a fim de ensejar o auxílio-doença, pode dar-se de forma temporária parcial ou total para o trabalho habitual ou ainda, incapacidade permanente parcial ou total do segurado.

Nestes termos, a Súmula 25 da Advocacia-Geral da União:

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.

Finalmente, as circunstâncias que não permitem a concessão do benefício, se referem a incapacidade laborativa por apenas 15 dias, pois, consoante Frederico Amado (2012, p. 551) “se cuida de um risco social não coberto pelo Plano de Benefício do RGPS, em observância ao Princípio da Seletividade”.

E ainda, o benefício não será concedido ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa

para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão (art.59, parágrafo único, da Lei 8.213/91).

Uma vez constatada a incapacidade laborativa, o início do pagamento a ser realizado pelo INSS, denominado DIB – data do início do benefício, em regra, é a data do início da incapacidade, sendo que, se entre a data da incapacidade e a DER - data de entrada do requerimento administrativo se passar mais de 30 dias, a DIB será a data de entrada do requerimento administrativo na Previdência Social. Apenas no caso de segurado empregado a DIB não será a data da incapacidade, mas sim o 16º dia (art. 60, caput, e §1º da Lei 8.213/91).

Após a avaliação médico-pericial, a Autarquia previdenciária poderá determinar o que denomina de “alta programada” ou COPES (Cobertura Previdenciária Estimada), providência adotada pelo INSS, onde, ao conceder o auxílio-doença, já estabelece a data de cessação do benefício – DCB (§8º, do art. 60, da Lei 8.213). Nas palavras de Ivan Kertzman (2016, p. 435):

Com esta sistemática, os benefícios de auxílio-doença são cessados após o prazo estabelecido, independentemente de nova perícia-médica que aponte a recuperação para a capacidade para o trabalho. Se o segurado não estiver apto para o trabalho, pode solicitar a prorrogação do seu benefício.

Caso não haja a fixação do prazo, o auxílio-doença cessará automaticamente após 120 dias, contados da data de concessão ou de reativação, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação junto ao INSS (§ 9º do art. 60 da Lei nº 8.213/91), trata-se de uma nova norma inserida por meio da Medida Provisória 739/2016, com o objetivo de reduzir os gastos da Previdência com a manutenção de inúmeros benefícios indevidos.

Nestes termos, o cenário de concessão do benefício de auxílio-doença pelo INSS, já anteriormente burocrático, passa a nivelar ainda mais as concessões deste benefício àqueles que necessitam da proteção contra um risco social, qual seja, a incapacidade para o desempenho de sua atividade laborativa, a qual lhe garante o sustento.

3.2 Requisitos legais para concessão do Benefício de Assistência Social pelo INSS

O benefício da Prestação Continuada está definido pela Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742/93, conhecida popularmente como LOAS, com fulcro na Constituição Federal, que em seu art.203, V, dispõe:

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal 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, conforme dispuser a lei.

Como assegura Sharles Alcides (RIBEIRO, 2015), é cediço que os benefícios da Assistência Social não são para o indivíduo que vive com dificuldade, mas sim para os necessitados totalmente desprovidos de qualquer recurso essencial a sua sobrevivência.

Como se extrai acima, esse benefício possui a finalidade de proteção dos idosos maiores de 65 anos, que possuem renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, e que não recebem qualquer outro benefício da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego; e proteção as pessoas com deficiência que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que, de alguma forma, impedem a participação plena na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O benefício possui, portanto, requisitos objetivos: ser idoso ou portador de deficiência, aliados ao requisito da miserabilidade.

Segundo o artigo 34 do Estatuto do Idoso: “Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de um salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.”

Na percepção de Sergio Pinto Martins considera-se pessoa portadora de deficiência “incapacitada para a vida independente e para o trabalho, em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênita ou adquirida, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho” (MARTINS, 2008).

Esta incapacidade é comprovada por meio da realização de perícia médica pelo INSS, nos termos do artigo 20 § 6º da Lei nº 8.742/1993, que irá constatar o grau e período de incapacidade, que será avaliada a cada dois anos, havendo a concessão do benefício também nos casos de incapacidade temporária (Súmula n. 48, TNU), sendo o benefício concedido enquanto perdurar a incapacidade.

O que é rigidamente debatido pela jurisprudência, vez que o benefício possui requisito específico de "impedimento de longo prazo", o que descaracteriza a temporariedade.

A grande intercorrência presente na concessão do Benefício de Assistência Social ao idoso ou deficiente, é o critério econômico.

Assistentes sociais, ante ao requerimento da LOAS, realizam perícia socioeconômica com o requerente, a fim de aferir o critério da miserabilidade. Devendo constatar se:

(...) a renda familiar é de até 1/4 do salário mínimo em vigor, por pessoa do grupo familiar (incluindo o próprio requerente). Esta renda é avaliada considerando o salário do beneficiário, do esposo (a) ou companheiro (a), dos pais, da madrasta ou do padrasto, dos irmãos solteiros, dos filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que residam na mesma casa . (PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015)

As incontroversas estavam presentes no critério de ¼ do salário-mínimo por cabeça, como prova da condição miserabilidade, todavia, em 2013, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade.

Assim, torna-se mais efetiva a finalidade do Benefício Assistencial de uma política pública que materializa os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil da solidariedade e da erradicação da pobreza.

3.3 Procedimento de análise dos requisitos de concessão dos benefícios pelo Poder Judiciário

A competência para o julgamento dos processos de natureza previdenciária é originariamente da Justiça Federal (art. 109, inciso I, da CF/88), com exceção dos relacionados a acidentes do trabalho, que possuem competência da Justiça Comum.

Nas comarcas que não tiverem sede da Justiça Federal, a competência para julgamento desses processos previdenciários será da Justiça Comum, nestes casos, havendo recurso da decisão proferida pelo Juiz “a quo” da Justiça Comum, deverá ser encaminhado para o Tribunal Regional Federal.

A Lei nº 10.259/01, a qual disciplina sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, dispõe em seu artigo 3º: “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”.

Como o INSS está incluído na competência de natureza previdenciária, ou seja, é uma Autarquia Federal, seus atos administrativos, possibilita ao segurado o

ingresso na justiça para garantir seu direito, conforme art. 3º, § 1º, inciso III, da Lei nº 10.259/01.

Deste modo, os requerimentos submetidos a esta alçada alcançam uma maior celeridade devido ao seu procedimento, qual seja, os Juizados Especiais Federal Cível.

Tanto o benefício previdenciário de auxílio-doença, quanto o benefício assistencial da LOAS, em cenário judicial se submetem ao mesmo crivo técnico, qual seja, a análise do laudo pericial-médico e, nos casos de Benefício de Prestação Continuada, o laudo socioeconômico.

De mais a mais, a submissão de concessão dos benefícios previdenciários pelo poder judiciário, sofrem o fenômeno da judicialização. As falhas na atividade administrativa de concessão e/ou negação de benefícios previdenciários e assistenciais geram a necessidade de uma maior atuação do âmbito jurídico.

No entanto, ao analisar os autos do benefício requerido, o julgador poderá se deparar com situações não versadas no diploma legal – LOAS, Lei 8.213/91 -, adotando possíveis situações injustas.

O magistrado não está sujeito a um sistema de tarifação legal de provas conforme o disposto no artigo 371 do Código de Processo Civil: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Em nosso ordenamento jurídico vigora o princípio do livre convencimento motivado do juiz.

A lei autoriza o juiz a apreciar livremente a prova para assim formar o seu convencimento. Neste sentido a especialista Rafaela Fonseca:

Considerando os fatores pessoais e sociais que possam dificultar a reinserção no mercado de trabalho, o Magistrado pode valer-se do livre convencimento que, conforme brocardo *judex peritus peritorum*, o juiz é o perito dos peritos, embora não haja incapacidade laboral comprovada por médicos. (FONSECA, 2011)

A problemática existente na judicialização do benefício de auxílio-doença encontra-se na essência do benefício, qual seja, a categorização daquilo que seria incapacidade, substancialmente através dos laudos médicos judiciais, uma vez que apenas estes e por si só é o que delimita o resultado final do processo.

Notável é a contradição, pois, ora têm-se requisitos taxativos, ora subjetivos, um modelo fundado na desconfiança, onde há dificuldades operacionais e jurídicas no campo das perícias médicas, com perícias anacrônicas, compostas por

simplificação e conteúdos vagos, e ainda se caracterizam como critério de vinculação judicial, passando os médicos a serem os julgadores.

Além da pressão na análise, também, de laudos socioeconômicos para redução da renda – nos casos de concessão de benefícios assistenciais, para a obtenção de critérios a fim de que se considere que o idoso ou deficiente não possuem meios de prover o próprio sustento ou tê-lo provido por sua família. Ou seja, além de o beneficiário demonstrar sua miserabilidade deve demonstrar também a de sua família, sendo este, apesar de objetivo, um requisito de relevante subjetividade ao ser analisado pelo judiciário.

Se tratando de LOAS, ainda se analisa, preliminarmente o critério da idade mínima para o recebimento do benefício pelo idoso, o qual é de 65 anos ou mais, nos termos do artigo 34, da Lei 10.741/03 e artigo 20 da Lei nº 8.742/93. Ato contínuo, a lei disciplina o critério da renda per capita e quanto ao conceito de família ou grupo familiar.

O conceito legal de família é de absoluta relevância, pois afeta diretamente as possibilidades de cesso ao benefício por parte de seus destinatários, uma vez que o idoso ou deficiente precisa demonstrar não possuir meios para prover sua própria manutenção nem de tê-la provida pela sua família (situação de miserabilidade), o que é aferido por meio do critério objetivo estabelecido pela lei, isto é, pela comprovação de que a renda mensal familiar per capita é inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo (art.20, § 3º). (PEREIRA, 2012)

Por muito tempo o critério da “renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo”, foi taxativo nas análises do benefício, sendo que em 18/04/2013, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013) declarou a inconstitucionalidade de tal elemento previsto no parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social, assim, verifica-se que após este entendimento, ainda que a renda familiar seja superior a $\frac{1}{4}$, o requerente pode fazer jus ao benefício se provar, por outros meios, sua miserabilidade.

Cabendo, novamente, ao julgador a ponderação de um requisito subjetivo, qual seja, a miserabilidade.

O judiciário, portanto, está a atuar como um legislador positivo na matéria, onde – com base substancialmente em laudos (médicos ou socioeconômicos), acaba por definir suas decisões, sendo que tais decisões, por vezes (muitas vezes) extrapolam o seu poder de Controle sobre a Administração Pública.

3.4 Análise da relação entre as partes: autarquia, juiz, segurado e advogado.

Na maioria das vezes, os indivíduos que buscam assistência previdenciária, são aqueles vulneráveis, sobretudo quando se trata de Benefício de Auxílio-Doença e dos Benefícios de Prestação Continuada presentes na Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS - Deficiente ou Idoso.

Ao requerer esses benefícios, mesmo enfrentando diversas burocracias, este cidadão vê-se diante da negativa da concessão do Benefício por não atender quaisquer dos requisitos, tendo que recorrer ao Judiciário. Tão comum esta conduta que muitos insistem em requerer o benefício, sem mesmo demandar administrativamente.

Ainda se considera, a relação entre o médico e o segurado quando da realização da perícia médica, a qual difere da relação médico-paciente ordinária, tendo em vista que a atividade ali desempenhada objetiva delimitar quanto a capacidade laborativa considerando a atividade desempenhada pelo segurado, sem qualquer análise humana, e, por consequente, inerente a profissão, como um prognóstico de tratamento da doença.

De fato, neste momento o médico perito representa o INSS. Nas palavras de Juliana Moreira (FARIA RAMOS BORGES, 2016):

O fato é que os segurados no âmbito da perícia administrativa, reclamam da atuação do médico perito na realização da perícia, e as principais queixas é de que o médico perito não examinou o segurado, não apreciou, analisou a documentação levada pelo mesmo, entre exames realizados, receitas entre outros, e simplesmente os relatos são de que o perito médico manda o segurado se sentar, pede seu documento de identidade, digita o tempo todo no computador, e informa ao segurado que receberá o resultado em casa, ou seja, não cumpre com seu papel, que é receber o segurado, o examinar, ouvir suas queixas, examinar a documentação trazida, e após toda este cumprimento de sua atividade afirmar se o segurado está apto ao trabalho ou não.

Diante da patente insatisfação dos segurados com a Autarquia Previdenciária, estes buscam seus direitos diretamente nas ações judiciais, sobrecarregando a Justiça Federal na análise de petições/requerimentos que deveriam estar submetidas a mesma, apenas em casos excepcionais.

Nestes casos, o acesso à justiça é algo extremamente prejudicial, para o próprio requerente do benefício, pois que, devido a carga de processos, sua análise torna-se superficial, além de tornar o magistrado cada vez mais rígido em não conceder benefícios que seriam devidos por certas particularidades. Carlos Côrtes aborta o assunto de maneira clarividente:

A desigualdade é gerada em razão da falta de critérios objetivos para concessão do benefício, cada juiz entende de uma forma diferente se a norma previdenciária deve ser estendida ou não. O pior é explicar ao cidadão porque

que, em cidade com mais de um Juízo, o benefício assistencial de seu vizinho que, tendo as mesmas condições econômicas e o mesmo número de familiares, foi concedido por um Juízo e o seu, que teria caído em Juízo diverso, foi indeferido. Trata-se de flagrante AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – art. 5º, caput, da CRFB/88. (LOPES, 2009)

Por fim, outro aspecto que se torna preocupante é o atual modo de atuação dos Advogados, os quais se utilizam de esquemas bastante ágeis na região com uma espécie de “garimpagem” de potenciais sujeitos de direitos, apresentando-lhes, pois, o “ouro”, que é a possibilidade de um salário mínimo mensal, muito mais do que essas pessoas conseguem ganhar comumente.

Lamentavelmente, este comportamento, ao ser realizado de uma forma displicente, acaba por retirar daqueles que possuem – ou viriam a possuir com o preenchimento de alguns requisitos, o direito de conseguir a concessão de seu benefício.

Deste modo, se dá a relação existente entre advogados previdenciários e seus clientes, os quais, na hipótese - auxílio-doença e benefício assistencial, tratam-se de pessoas à margem da sociedade, submetidas a uma situação de vulnerabilidade e sem conhecimentos quanto a melhor solução e os procedimentos a serem adotados.

A correspondência entre as partes envolvidas no cenário previdenciário, encontra-se defasada no que diz respeito a sua autenticidade. O beneficiário - mais lesado, não encontra um amparo satisfatório em quaisquer das partes e, por isso, permanece, sempre, de alguma maneira, a buscar a efetivação de seus direitos em quaisquer circunstâncias, sejam elas administrativas ou judiciais, mesmo sendo do modo que lhe é oferecido tais serviços por estes institutos.

4 - ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA E BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NA ÁREA DE COMPETÊNCIA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DA JUSTIÇA FEDERAL DE MARABÁ

4.1 Análise de dados

A Subseção Judiciária de Marabá, possui duas Varas Federais e dois Juizados Especiais Federais. Para a realização desta pesquisa restringiu-se apenas ao 2º Juizado Cível e Criminal/Ambiental/Agrário Adjunto, uma vez que este possui competência para análise das ações previdenciárias e foi local de aprendizado desta discente por um período de dois anos.

Limitou-se, ainda, a pesquisa de campo apenas às sentenças proferidas nos autos referentes aos benefícios de Auxílio-doença e ao Benefício de Prestação

Continuada - objetos deste estudo, e não a todas as causas previdenciárias daquela área.

A princípio, necessário salientar a tentativa frustrada de obtenção de quaisquer dados e informações por parte do Instituto Nacional de Seguro Social de Marabá/PA. Entretanto, considerando ser as análises a seguir o cerne deste trabalho, mais que essencial e satisfatória restou a pesquisa realizada no 2º JEF de Marabá/PA.

Nos relatórios adquiridos, referentes ao período de 01 de janeiro de 2016 a 31 de outubro de 2016 foram distribuídos 107 (cento e sete) ações de Benefício Assistencial e 156 (cento e cinquenta e seis) ações de Auxílio-doença previdenciário.

Deste total de 263 ações previdenciárias ajuizadas durante o ano de 2016, analisados hoje, fevereiro de 2017, apenas 44 processos referentes ao Benefício Assistencial e 69 referentes à auxílio-doença foram sentenciados, ou seja, 113 processos.

A concessão tardia dos benefícios tanto pela autarquia – com a demora no agendamento das perícias médicas², quanto pelo judiciário – que, em alguns casos, apesar da celeridade do JEF não sentenciam os processos dentro do período razoável, seja por causa da perícia médica, do laudo socioeconômico, ou da grande quantidade de processos existentes, está por ferir a dignidade da pessoa humana.

Ademais, realizou-se uma análise aprofundada de 76 sentenças, nas quais 45 sentenças foram proferidas em processos de Benefício Assistencial, sendo 40 de LOAS deficiente, onde 25 foram improcedentes e 14 procedentes, e 05 sentenças de LOAS idoso, 02 improcedentes e 03 procedentes; e 31 sentenças proferidas em processos de auxílio-doença, sendo 17 improcedentes e 14 procedentes.

O Juizado Especial Federal, ante a sua simplicidade e agilidade em compor as lides de sua competência, e o papel do juiz em solucionar os conflitos em face do abandono do formalismo excessivo e extensas sentenças, é um arrimo do judiciário em relação a atuação do executivo por meio do INSS.

O Juizado Especial Federal vem para modificar aquela visão de que, os pobres por assim serem, não conseguirão resolver nada na Justiça, porque ela é morosa. É a chance de dar oportunidade às pessoas mais simples e carentes de terem solucionados seus problemas de modo sumarríssimo. Isso irá agilizar algum ganho que possam vir a ter, e que, muitas vezes, levaria anos e anos para ser alcançado.

² A demora para marcação da perícia médica pelo INSS, ocorre em todo lugar. A marcação de perícias médicas em prazo longínquo, portanto, pode ocasionar risco à própria sobrevivência e dignidade daquele trabalhador. <http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2016/12/demora-para-pericia-medica-do-inss-dificulta-vida-de-quem-esta-afastado.html>.

Quiçá esta realidade seja alterada, tendo em vista o Decreto 8.691/16 que permite a realização de perícia médica, para fins de concessão ou prorrogação do auxílio-doença, por médico do SUS.

Logo, é um Juizado que visa a atender, precipuamente, a classe mais pobre, ao contrário do Juizado Especial Estadual, que serve a todas as classes sociais. Isso porque uma das peculiaridades do Juizado Especial Federal é que tem como parte contrária sempre uma pessoa jurídica de direito público. (DA COSTA, 2003)

O judiciário garante, por meio do JEF o direito de ação e de acesso à justiça a todos os cidadãos.

Quando se verifica os tipos de decisões que vêm sendo proferidas em casos concretos, compreende-se o assunto judicialização dos benefícios previdenciários, aqui tratado.

Do mesmo modo que no INSS, onde os peritos “aplicam na perícia a análise de que o segurado tem o direito ou não a concessão do benefício e realiza a perícia em si”³ (DA SILVA FARIA RAMOS BORGES, 2016), os tribunais têm baseado suas decisões naquilo que relata o laudo médico pericial elaborado, tendo em vista que, tanto para a concessão de auxílio-doença, quanto de LOAS, faz-se necessário a sua elaboração a fim de que seja constatada a incapacidade do segurado/beneficiário, uma vez que esta é evento determinante de diversos benefícios previdenciários passíveis de concessão pela autarquia previdenciária.

A atenção ao laudo médico elaborado pelo judiciário torna-se interessante a partir do momento em que este conclui pela incapacidade do periciado, enquanto, uma vez realizado o mesmo procedimento de perícia médica pelo INSS este resta por concluir estar a pessoa “capaz para desenvolver suas atividades laborativas”.

Ora, se médicos comprometidos com a Justiça concedem benefícios negados pelo INSS, salta aos olhos a responsabilidade da autarquia, o erro culposo ou doloso, ou mesmo o despreparo do agente que gerou dano ao beneficiário. Sem adentrar no mérito médico, acredita-se que a divergência entre laudos da autarquia e dos médicos do juízo não advenham de discussão na doutrina médica acerca de ser ou não, determinado evento, doença, invalidez etc. Parece, sim, que por algum motivo os exames do INSS carecem de qualidade, mas com a finalidade de negar a concessão do benefício ao

³ Muito questionado é o médico perito no momento da concessão do benefício ao segurado, pois dá a palavra final, ou seja, é de sua responsabilidade conceder ou não o benefício ao segurado.

Os peritos do INSS recebem treinamento referente as leis que envolvem a concessão de benefícios, e por este motivo estão aptos a dar a palavra final ao segurado, visão esta unilateral do INSS. [...]

O médico perito no momento da realização da perícia, verifica em seu sistema se aquela pessoa que atende está assegurada ou perdeu a carência perante o INSS, sendo que não realizará o exame pericial em caso de perda da qualidade de segurado, fornecendo em seu parecer técnico que o paciente não é segurado do INSS, e por tal motivo indefere seu benefício, criando um conflito na função prestada, pois muitos são os casos em que o INSS não reconhece a pessoa como segurado, e posteriormente a Justiça Federal reconhece o vínculo.

A perícia médica administrativa, neste caso, não foi realizada pelo médico do INSS, que ao invés de realizar o seu trabalho como médico, concluindo se a pessoa possui a doença ou não, e se a mesma é incapacitante, se deteve a analisar a parte jurídica, não sendo qualificado para tal função, tolhendo neste momento o direito do segurado de forma grosseira, pois sendo, o médico perito, apto para este serviço e não tendo realizado o serviço para qual realmente era apto. (DA SILVA FARIA RAMOS BORGES, 2016)

segurado, e com este resultado gerar mais receita para a instituição. (DA SILVA FARIA RAMOS BORGES, 2016)

Isto é, o poder de concessão do benefício pleiteado encontra-se primeiramente no médico perito, ou seja, o médico perito tem se tornado “um pouco juiz”.

Deste modo se conclui as ações de auxílio-doença submetidas à análise do judiciário:

Constatando-se, pelas conclusões periciais e pelas disposições normativas sistematicamente interpretadas, ser a parte autora capaz para o exercício de sua atividade laboral, forçosa é a conclusão pela improcedência do pedido de concessão do benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, eis que em ambos é necessária a ocorrência de incapacitação, temporária ou permanente, inexistente in casu, de maneira que a hipótese dos autos não se subsume ao previsto legalmente.

Ausente um dos requisitos ensejadores das prestações almejadas, desnecessária a análise das demais condições legais próprias à espécie (carência e qualidade de segurado). Processo nº 2009-76.2015.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA

Apesar de constatada a enfermidade no periciado, esta deve ser em um grau que a incapacite para a realização de suas atividades laborativas (art. 59 da Lei 8.213/91).

Consoante laudo pericial (fls. 23/27), em que pese a parte autora fosse portadora de síndrome do impacto em ombro direito com presença de lesão tendiniosa, não está atualmente incapacitada para o trabalho, visto que foi submetido a correção cirúrgica em junho de 2011 com resultados plenamente satisfatórios. Portanto, não foi observado qualquer evidência de incapacidade laborativa no ponto de vista traumatológico, estando apta ao exercício de suas atividades laborais habituais e qualquer outra atividade que lhe garanta subsistência. Processo nº 4053-68.2015.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA

De mais a mais, o laudo médico também pode conferir a incapacidade do periciado – incapacidade permanente, determinando ainda o início da incapacidade e, em algumas situações, o período em que o periciado restará incapacitado – incapacidade temporária.

Constatando-se, pelas conclusões periciais e pelas disposições normativas sistematicamente interpretadas, ser a parte autora incapaz total e temporariamente para o exercício de sua atividade laboral por período de 180 dias a contar da data de realização da perícia judicial, datando o início de sua incapacidade em 30/06/2011, forçosa é a conclusão pela procedência do pedido de concessão de benefício de auxílio-doença, eis que a hipótese dos autos se subsume ao previsto legalmente. Processo nº 2606-45.2015.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA

Por fim, há os casos em que o periciado esteve incapacitado por um determinado período também indicado pelo perito médico, enquanto segurado do INSS, porém o mesmo quando requereu seu benefício já não possuía mais a incapacidade, portanto restou “caducado” o seu direito.

Ocorre que, de fato, conforme próprio laudo médico pericial, o autor apresentou incapacidade temporária para as atividades habituais, apenas entre o período de 180 dias, a contar da data da lesão que ocasionou a incapacidade temporária, 31 de dezembro de 2012, cessando assim a incapacidade na data de 31 de junho de 2013. Entretanto, a parte autora só pleiteou o benefício junto à autarquia ré em 24/06/2014, momento em que não preenchia totalmente os requisitos necessários para a concessão do benefício de auxílio-doença. Processo nº 5692-58.2014.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA

Uma vez incapacitada, nunca mais incapacitada? Ou se requerido o benefício à época, no caso mencionado alhures em junho de 2014, não seria porque neste momento, mais do que nunca, o segurado necessitava do amparo do Estado? Diante disso, encontra-se uma discrepância quando, o laudo médico aponta que o requerente do benefício de auxílio-doença possui “incapacidade parcial e permanente para o exercício de suas atividades laborais, sendo insuscetível de recuperação para o exercício da mesma atividade, mas susceptível de reabilitação para atividades que não demandem esforço físico”, ou seja, naquele momento o periciado não está incapacitado para o exercício de atividade laborativa que lhe garanta a sobrevivência, porém, por suas próprias análises entende o magistrado que o requerente possui direito ao benefício, dando totalidade à sua incapacidade parcial:

Não obstante a conclusão do *expert* judicial no sentido de ser a incapacidade apenas parcial, observa-se, diante do contexto dos autos, que tal incapacidade ganha contornos de totalidade, diante das limitações verificadas (não há possibilidade de reabilitação para sua atividade habitual), fato que conduz à conclusão de que há grande risco de que a autora não encontre adequação no mercado de trabalho às suas limitações, incidindo sobre estes os mesmos efeitos sofridos por aqueles que possuem incapacidade total. Processo nº 3508-95.2015.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA.

Por vezes, a taxatividade do laudo médico e até mesmo dos requisitos previstos em lei para a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença está oscilada. Ora:

O perito, que realizou a perícia, é especialista, possuindo, portanto, a qualificação necessária para averiguar o quesito incapacidade para o trabalho, finalidade precípua da perícia médica em questão. Ademais, o teor do laudo pericial, elaborado pelo Perito Judicial, goza de presunção *iuris tantum* quanto ao seu teor, por ser referido profissional isento de ânimo, comprometido judicialmente e usufruir de plena confiança do Juízo, nos termos dos Artigos 136, 312 e 383, do Código de Processo Civil. Processo nº 6390-30.2015.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA.

Ora:

Consignou o perito a natureza total e temporária da incapacidade pelo período de 06 (seis) meses. Em atenção ao período de afastamento indicado pelo perito judicial (06 meses a partir da realização do laudo pericial), entendo não ser a melhor solução no presente caso, mesmo porque referido período já se exauriu, não devendo a demora do Judiciário promover prejuízos à parte autora, na eventual designação de nova perícia médica, de modo a atrasar

ainda mais o pagamento do benefício que lhe é devido. Processo nº 3734-03.2015.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA.

Percebe-se que, além de ultrapassar os limites legalmente impostos ao judiciário de análise somente quanto a legalidade de atos administrativos, afinal, o requerimento administrativo, requisito para propositura da ação, é um ato administrativo emanado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, este acaba por se tornar um “legislador intérprete”, no momento de aplicação da norma, a interpreta conforme o seu convencimento por meio das provas carreadas aos autos. O que beneficia a uns, mas que, comumente prejudica a outras.

A diante, o entendimento jurisprudencial acerca do posicionamento judicial diante do laudo médio (ora o considerando, ora não):

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DEPRESSÃO. INCAPACIDADE LABORAL. 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 de que a parte autora está parcial e temporariamente incapacitada para o exercício de atividades laborativas, é devido o benefício de auxílio-doença. 3. Inexistindo incapacidade laboral total e permanente, não é devido o benefício de aposentadoria por invalidez. (Grifo nosso)

(TRF-4 - AC: 2036 SC 2009.72.99.002036-6, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 02/06/2010, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 10/06/2010)

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. CONDIÇÃO DE SEGURADO ESPECIAL. BÓIA-FRIA. INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. INCAPACIDADE COMPROVADA POR PERÍCIA MÉDICA. SEM COMPROVAÇÃO DO CARÁTER DEFINITIVO DA INCAPACIDADE. INTERPRETAÇÃO DO LAUDO PERICIAL EM CONJUNTO COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. AUXÍLIO-DOENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS. HONORÁRIOS PERICIAIS. TUTELA ESPECÍFICA. ART. 461, CPC. 1. A qualidade de segurado especial, na condição de bóias-frias, porcenteiros, diaristas ou volantes, é comprovada, principalmente, pela prova testemunhal. Nesses casos, o entendimento pacífico desta Corte, seguindo orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que a exigência de início de prova material deve ser abrandada, permitindo-se, em algumas situações extremas, até mesmo a prova exclusivamente testemunhal. 2. Tendo a perícia constatado a existência de incapacidade, faz jus a autora à concessão de auxílio-doença, desde a data do laudo, quando comprovada a incapacidade. 3. Inexistindo prova de que a incapacidade seja definitiva, inviável a concessão, desde logo, da aposentadoria por invalidez, devendo o INSS manter o auxílio-doença que a parte autora tenha sido reabilitada, devendo, entretanto, o benefício ser convertido em aposentadoria por invalidez caso seja constatada a impossibilidade de reabilitação. 4. A atualização monetária, incidindo a contar do vencimento de cada prestação, deve-se dar, no período de 05/1996 a 03/2006, pelo IGP-DI (art. 10 da Lei n.º 9.711/98, c/c o art. 20, §§ 5º e 6.º, da Lei n.º 8.880/94), e, de 04/2006 a 06/2009, pelo INPC (art. 31 da Lei n.º 10.741/03, c/c a Lei n.º 11.430/06, precedida da MP n.º 316, de 11-08-2006, que acrescentou o art. 41-A à Lei n.º 8.213/91, e REsp. n.º 1.103.122/PR). A contar de 01-07-2009, data em que passou a vigor a Lei n.º 11.960, de 29-06-2009, que alterou o art. 1.º-F da Lei n.º 9.494/97, para fins de atualização monetária e juros haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de

remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. 5. Por se tratar de verba de caráter alimentar, os juros moratórios, até 30-06-09, devem ser fixados à taxa de 1% ao mês, a contar da citação, na forma dos Enunciados das Súmulas nºs 204 do STJ e 03 do TRF da 4ª Região e precedentes do Superior Tribunal de Justiça (ERESP n.º 207992/CE, Relator Ministro Jorge Scartezini, DJU de 04-02-2002, seção I, p. 287).6. Os honorários advocatícios a que se condena a Autarquia devem ser fixados em 10%, incidindo tão-somente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, consoante a Súmula nº 76 deste TRF, excluídas as parcelas vincendas, na forma da Súmula nº 111 do STJ.7. Considerando o processamento do feito na Justiça Estadual do Paraná, deve ser observado o Enunciado da Súmula nº 20 desta Corte, sendo devidas as custas em sua integralidade pelo INSS.8. Sucumbente o INSS, deverá arcar com o pagamento dos honorários periciais.9. O cumprimento imediato da tutela específica, diversamente do que ocorre no tocante à antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC, independe de requerimento expresso por parte do segurado ou beneficiário e o seu deferimento sustenta-se na eficácia mandamental dos provimentos fundados no art. 461 do CPC. A determinação da implantação imediata do benefício contida no acórdão consubstancia, tal como no mandado de segurança, uma ordem (à autarquia previdenciária) e decorre do pedido de tutela específica (ou seja, o de concessão do benefício) contido na petição inicial da ação. (Grifo nosso)

(TRF-4 - APELREEX: 3788 PR 2008.70.99.003788-6, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 09/06/2010, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 21/06/2010)

Todavia, há situações em que o laudo médico torna-se apenas mais uma prova no processo.

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. URBANA. PROVA PERICIAL DESCONSIDERADA EM PARTE. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL FIXADO NA CESSAÇÃO DO ÚLTIMO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. ATIVIDADES LABORATIVAS EXERCIDAS DURANTE PERÍODO DE INCAPACIDADE. POSSIBILIDADE. TUTELA ANTECIPADA. MANTIDA. 1. Os requisitos indispensáveis para a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez são: a) a qualidade de segurado; b) a carência de 12 (doze) contribuições mensais; c) a incapacidade total e definitiva (aposentadoria por invalidez) ou parcial ou total e temporária (auxílio doença) para atividade laboral. Presentes os requisitos necessários, deve ser concedido o benefício de aposentadoria por invalidez à parte autora, com termo inicial coincidente com a data da cessação do último auxílio doença, o qual foi suspenso de modo indevido pelo INSS. 2. A incapacidade para o trabalho é fenômeno multidimensional que não deve ser avaliada tão somente do ponto de vista médico, devendo ser analisados os aspectos sociais, ambientais e pessoais. Há de se perquirir sobre a real possibilidade de reingresso do segurado no mercado de trabalho. Esse entendimento decorre da interpretação sistemática da legislação, da Convenção d OIT - Organização Internacional do Trabalho, e do princípio da dignidade da pessoa humana. 3. A peculiar situação da parte autora autoriza a conclusão de que a incapacidade apresentada no momento é total e permanente, sendo cabível a concessão de aposentadoria por invalidez, mesmo em parcial desacordo com a perícia médica judicial. Aliás, a propósito, sobre a vinculação do juiz à prova pericial, "O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos" (art. 436, CPC). 4. Mantida a data do início do auxílio doença fixada na sentença, com ampliação do seu comando para determinar a conversão do benefício em aposentadoria por invalidez, a partir da data do laudo pericial. 5. O fato de o autor ter exercido atividade remunerada durante o período em que considerado incapacitado pela perícia médica, por si só, não afasta a possibilidade da concessão do benefício, mas autoriza o desconto do valor total, as parcelas vencidas durante o período que comprovadamente tenha recebido salário, tal como já constam da sentença recorrida. 6. Mantida também tutela específica da obrigação de fazer para a

implementação imediata do benefício, com fundamento no art. 273, c/c art. 461, § 3º, do CPC. 7. Apelação da parte autora provida. Apelação do INSS e remessa oficial parcialmente providas. (Grifo nosso)

(TRF-1 - AC: 00009174420074013804, Relator: JUIZ FEDERAL MURILO FERNANDES DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 03/08/2015, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE MINAS GERAIS, Data de Publicação: 11/09/2015)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AIDS. INCAPACIDADE TOTAL E DEFINITIVA. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS. CUSTAS PROCESSUAIS. 1. O segurado da Previdência Social tem direito ao benefício de aposentadoria por invalidez se comprovada por perícia médica a incapacidade laborativa para sua atividade habitual, nos termos do art. 42 da Lei n. 8.213/91. 2. O INSS reconheceu a qualidade de segurado da parte autora e o período de carência previsto na Lei 8.123/91 quando da concessão do benefício de auxílio-doença na seara administrativa. 3. Apesar de o Laudo pericial ter informado a inexistência de incapacidade, o fato da parte autora ser apenas soropositiva no momento, ou seja, não manifestar explicitamente o quadro sintomático da doença, não impede a concessão da aposentadoria por invalidez, porque a aids é uma doença progressiva que aniquila, dia a dia, as condições físicas do portador, sendo imprescindível uma interpretação mais flexível do art. 59 da lei 8.213/91 quanto à satisfação do requisito atinente à incapacidade laboral. 4. Direito ao benefício de aposentadoria por invalidez, a partir da data de realização da perícia, uma vez que não restou especificada no laudo pericial a data de início da incapacidade. 5. As prestações em atraso monetariamente corrigidas, segundo os critérios estabelecidos pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal, incidindo tal correção desde a data do vencimento de cada uma (Súmulas n.s 148 do STJ e 19 do TRF - 1ª Região) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação até Lei 11.960/09, a partir de então à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês. 6. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre as prestações vencidas até a data da prolação da sentença no caso de sua confirmação, ou até a prolação do acórdão no caso de provimento da apelação da parte autora, atendendo ao disposto na Súmula 111/STJ. Entretanto, fica mantida a sentença, no particular, na hipótese de, inexistindo recurso das partes nesse sentido, os honorários terem sido fixados em valor fixo, ou percentual, menor que o valor acima indicado, sob pena de reformatio in pejus do julgado (Súmula 45 do STJ) 7. Isenção de custas no âmbito da jurisdição delegada com base em lei estadual específica e, na Justiça Federal, com fundamento no art. 4º, inc. I, da Lei 9.289/96, abrangendo, inclusive, eventuais despesas com oficial de justiça. 8. Deferida tutela específica da obrigação de fazer, seja em razão do cumprimento dos requisitos exigidos no art. 273, do CPC, ou com fundamento no art. 461, § 3º, do mesmo Código, já que a conclusão daqui emergente é no sentido da concessão do benefício. 9. Em qualquer caso fica expressamente afastada a fixação prévia de multa, sem prejuízo de seu arbitramento na hipótese de efetivo descumprimento do julgado. 10. Apelação da autora provida. (Grifo nosso)

(TRF-1 - AC: 69214 MG 0069214-78.2011.4.01.9199, Relator: JUIZ FEDERAL MURILO FERNANDES DE ALMEIDA (CONV.), Data de Julgamento: 27/05/2013, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.281 de 12/06/2013)

O Benefício de Prestação Continuada constitui um legítimo direito fundamental estabelecido pela Constituição brasileira em favor dos idosos e das pessoas com deficiência, e tal benefício somente tem alcançado altos índices de efetivação, graças à atuação do Poder Judiciário.

O mesmo ocorre quando analisadas as sentenças de ações previdenciárias de Benefício Assistencial, o laudo médico e a delimitação da incapacidade norteiam o resultado do processo.

Contudo, o requisito da incapacidade analisado nas ações de Benefício Assistencial por deficiência, encontra-se mais rígido, vez que, a mesma não deve permitir o exercício de atividade de modo permanente, não deve haver possibilidade de reabilitação, ser incapaz para a vida independente, e a dependência de terceiros deve impedir ter a manutenção do segurado provida pela sua família através do exercício de atividades remuneradas pelos demais membros.

Segundo o artigo 20 da Lei nº 8.742/93, o benefício de prestação continuada será devido no importe de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (§2º do art. 20). Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família onde haja a presença de carência socioeconômica, verificada pela instrução processual, segundo o livre convencimento motivado do juiz. Processo nº 1406-08.2012.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA.

Nos processos de LOAS, o “livre convencimento motivado juiz” parece estar efetivo em todos os requisitos para a concessão do benefício, substancialmente quando se refere ao impedimento por longo prazo, a incapacidade para a vida independente e a carência socioeconômica.

Uma vez realizado o laudo médico e este constatado se o requerente está incapacitado e o nível desta incapacidade, o magistrado se submete a análises diversas a fim de motivar suas decisões.

Para concessão do Benefício Assistencial, disciplina o art. 20, § 2º da Lei 8.742/93 “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”.

Por vezes, constatada a incapacidade seja parcial ou total por período temporário, deve o perito médico também estabelecer o período em que a pessoa estará incapacitada, para assim se verificar se o requisito de "impedimento de longo prazo" restou atingido. O que, em muitos momentos, contraria o disposto na Súmula 48 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, o qual disciplina que "a incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada".

Ocorre que, ao que se compreende, o “impedimento de longo prazo” é estabelecido conforme a cognição do juízo. Nos autos nº 3741-92.2015.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA o perito afirmou se tratar de incapacidade temporária pelo período de 01 ano, e o juízo concluiu por não enquadrar “a parte autora como deficiente nos termos da lei, já que o legislador considera como deficiente aquele que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”. Nada obstante, nos autos nº 2120-60.2015.4.01.3901 - 2º JEF Marabá/PA, a perícia médica constatou incapacidade temporária pelo período de 06 meses, afirmando estar a atora incapacitada há alguns anos, deste modo decidiu o juízo que:

Nesse sentido, muito embora a menção a tal período de 6 meses seja sugestivo à denegação do pedido, entendo que deva se levar em conta, in casu, outros fatores incidentes, tais como a data do início da incapacidade, a data da entrada do requerimento, e a possível data de melhora da requerente, para se mensurar o requisito de longo prazo indispensável à concessão do benefício. Fatores estes considerados, verifico que a parte acionante encontra-se incapaz a um extenso período, o que justifica o amparo social. Portanto, nada impede que a autarquia, em observância aos normativos próprios, após realização de perícia no âmbito administrativo e caso constate que recuperado/reabilitado o segurado, cesse o benefício ainda que concedido na via judicial. Por óbvio, caso demonstrado tal lisura no procedimento e, depois de constatada superveniente alteração do quadro fático/nosológico da autora/beneficiária, não estará desrespeitando ordem judicial anterior pautada em situação fático-jurídica diversa, o que, doutro lado, não impede que a segurada que se sinta prejudicada traga a questão novamente ao judiciário.

O grau de incapacidade do autor – determinado pelo médico perito, delimita o entendimento do magistrado quanto a necessidade de cuidados de terceiros para a vida diária, ou seja, a capacidade para a vida independente, mesmo sendo um requisito também apontado pela perícia.

Neste caso, o juiz age conforme seu “livre convencimento motivado” para que haja a concessão do benefício assistencial. No caso apresentado abaixo, o autor sofre de uma enfermidade desde 2009, possuindo incapacidade parcial e permanente, porém não necessita do auxílio de terceiros, portanto, julgado improcedente o pedido:

Neste particular, o perito nomeado manifestou-se conclusivamente (fls. 60/61) no sentido de que a parte autora é portadora de seqüela de hanseníase desde 2009. Afirmou ainda que está incapacitado de forma parcial e permanente, já que tem perda funcional da mão direita, limitando todas as suas atividades; que não necessita de auxílio de terceiros para o desempenho de atividades básicas como higiene, vestir-se ou alimentar-se e as atividades do lar são feitas pela esposa. (Grifo nosso) Processo nº 926-88.2016.4.01.3901 - 2º JEF Marabá/PA.

Já, nos autos do Processo nº 6045-98.2014.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA, o autor possui incapacidade total e permanente, porém não necessita do auxílio de terceiros para o desenvolvimento de suas atividades cotidianas, conforme laudo

médico. Entretanto, a partir da análise realizada pelo magistrado foi proferida sentença procedente, sob estes argumentos:

Estando incapaz total e permanentemente para o exercício de atividades laborativas, não constitui óbice à percepção da prestação almejada o fato de não ter sido constatada a incapacidade para a vida independente ou não necessitar do auxílio de terceiros. Assim, porque, *in casu*, a parte autora não possui meios de garantir renda para si mesma através de atividade laboral rentável, de nada valendo a capacidade para o desenvolvimento de atividades da vida diária independente, pois esta, só por si, não é o bastante a propiciar à parte requerente a manutenção que, em última análise, visa o benefício a garantir. (Grifo nosso)

Tal entendimento, também têm sido o posicionamento dos Tribunais:

PREVIDENCIÁRIO. LOAS. AUTO DE CONSTATAÇÃO. INCAPACIDADE. VIDA INDEPENDENTE. HIPOSSUFICIÊNCIA. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CALCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL. PARCIAL PROVIMENTO. 1. O benefício de prestação continuada no valor de um salário mínimo mensal (CR/1988, art. 203, V e Lei n 8.742/93, art. 20 - LOAS) é devido à pessoa com deficiência e ao idoso com mais de 65 anos que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ do salário-mínimo. 2. O Supremo Tribunal Federal - STF declarou a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 § 3o (Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, redação da Lei 12.435/2011), sem modulação, para se permitir a aferição da hipossuficiência do idoso ou do deficiente pelas provas da miserabilidade além da renda per capita familiar. 2.1 O registro do CNIS do marido da autora anota remunerações até abril de 2006 (f. 99) e, depois, em outubro. A maioria dos meses a partir da citação, em setembro de 2005 (f. 28) tem valor zero, razão pela qual a remuneração é insuficiente para afastar o benefício de amparo assistencial. 3. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 20, § 2º e § 10), bem como a pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho (§ 2º), o que se pode inferir pela capacidade de deambulação, para higiene pessoal e para a própria alimentação (Lei 7.070/1982, art. 1º, § 2º). 4. O estudo social constata que a autora trabalhou por mais de 40 anos como doméstica e está há 10 anos sem condições de trabalho em razão do agravamento da doença. Vive em imóvel próprio com o marido que está desempregado, e trabalhava de lavador de carro e guarda noite. Recebiam a renda de R\$373,00 em janeiro de 2007 (f. 49/50). 5. O laudo pericial constata que a autora é portadora de insuficiência coronariana (angina de esforço), hipertensão arterial sistêmica, que a impossibilita para qualquer trabalho tendo em vista dor precordial aos pequenos e médios esforços (angina de esforço). E necessita de assistência permanente de outra pessoa pelo fato de não conseguir fazer as tarefas domésticas pela limitação da sua atividade física (f. 67/68) 6. O auto de constatação tem força probatória equivalente a prova testemunhal, porque a assistente social foi ao local onde mora o autor e fez seu levantamento das condições de vida e trabalho dela e de toda a família. Há de prevalecer para resolver o conflito entre as provas e complementar as informações da perícia médica para concluir pela incapacidade laboral. 7. **O princípio do livre convencimento motivado admite a concessão do benefício assistencial, mesmo diante de laudo pericial que ateste a capacidade para a vida independente.** Assentado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como no princípio do livre convencimento motivado do Juiz, o limite mínimo estabelecido no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar

a condição de hipossuficiência. (STJ, AgRg no Ag 1342636/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010) 8. A incapacidade da pessoa portadora de deficiência, para fins de reconhecimento do direito à Assistência Social, deve ser analisada conjuntamente com os fatores profissional e cultural do beneficiário, conforme art. 20, § 2o. da Lei 8.742/93, com redação dada pela Lei 12.435/2011 (AgRg no AREsp 147.558/RO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 30/08/2013) 10. A apelada é reconhecidamente incapaz para o trabalho, é de família pobre, sofre com os efeitos da doença que impedem realizar as tarefas domésticas básicas, dependendo de auxílio de terceiros. 11. Correção monetária e juros de mora simples de 1% ao mês, a contar da citação, até jun/2009 (Decreto 2.322/1987), até abr/2012 simples de 0,5% e, a partir de mai/2012, mesmo percentual de juros incidentes sobre os saldos em caderneta de poupança (Lei 11.960/2009). (itens 4.3.1 e 4.3.2 do manual de cálculos da Justiça Federal. Resolução - CJF 267/2013) 12. Os honorários foram fixados em valor inferior ao da Súmula 111/STJ (10% sobre as prestações vencidas), não havendo interesse de agir na sua redução. 13. Parcial provimento da apelação e da remessa para reformar a sentença na parte dos juros e da correção monetária, que deverão ser conforme manual de cálculos da Justiça Federal. (Grifo nosso)
(TRF-1 - AC: 00168852620104019199 0016885-26.2010.4.01.9199, Relator: JUIZ FEDERAL JOSÉ ALEXANDRE FRANCO, Data de Julgamento: 15/10/2015, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE JUIZ DE FORA, Data de Publicação: 12/11/2015 e-DJF1 P. 852)

Quanto a miserabilidade, este é requisito submetido integralmente ao convencimento do juiz, sobretudo após o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 580.963/PR, o qual declarou a inconstitucionalidade parcial por omissão do art. 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 que estabelece a renda mensal inferior a ¼ do salário mínimo para que o deficiente ou idoso seja considerado incapaz de prover sua manutenção, passando a entender que podem ser utilizados critérios outros que indiquem a situação de miserabilidade⁴.

Traz as decisões judiciais, a seguinte fundamentação quanto a miserabilidade: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família onde haja a presença de carência socioeconômica, verificada pela instrução processual, segundo o livre convencimento motivado do juiz” (Processo nº 2008-57.2016.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA). Argumenta-se ainda:

Deve-se destacar que a comprovação da situação econômica do requerente e sua real necessidade não se restringe a hipótese do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, que exige renda mensal familiar per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, pois tal condição pode ser verificada por outros meios. Quanto ao quesito social, o STJ pacificou o entendimento no sentido de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3.º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 deverá ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de que o julgador, ao analisar o caso concreto, lance mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família. Processo nº 6281-50.2014.4.01.3901 – 2º JEF Marabá/PA.

⁴ Súmula nº 11 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.

Um fator preponderante para que a situação dos requerentes do Benefício Assistencial da LOAS reste mais dificultosa, se configura na total falta de política de assistência social voltada para a demanda. Este requisito da miserabilidade é constatado por meio de laudos socioeconômicos que, em suma, são realizados de qualquer maneira e, por vezes é necessária nova intimação do assistente social afim de que esclareça os pontos por ele mesmo anunciados.

Com este tipo de análise está a selecionar os miseráveis entre os pobres.

4.2 Consequências da atuação do judiciário na análise dos requisitos de concessão dos benefícios em suas decisões

Como parte da Seguridade Social, o direito previdenciário, e, mais especificamente, os benefícios de auxílio-doença e assistência social, possuem fundamental importância para a permanência e constância do cenário social, com o objetivo de garantir o bem de todos e estabelecer de fato e de direito o princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, há muito a autarquia previdenciária não desempenha suas responsabilidades com êxito. A Seguridade Social aparenta estar em uma insanável situação, que por mais que se pense em saídas não é possível visualizar.

No entanto, apesar de ser um sistema antigo, a Seguridade possui um ideal que nunca vai envelhecer – o de auxiliar pessoas, principalmente as mais necessitadas. Com a Constituição Federal de 1988, os direitos sociais e benefícios às populações mais pobres alcançarem um lugar de destaque, como exemplo o benefício de Prestação Continuada e o Auxílio-doença – objetos deste trabalho.

Acompanhando o entendimento de Jeronymo Marcondes (PINTO, 2011), por estes benefícios, assim como outros, se tratarem de direitos constitucionais protestativos, ou seja, quando um cidadão preenchesse um dos requisitos previstos em lei, o benefício deveria obrigatoriamente ser concedido, neles não há espaço para discricionariedade.

No entanto, geralmente, devido ao fato da autarquia – submetida as suas abarrotadas responsabilidades – negar o pedido de concessão de benefício, os requerentes dos benefícios acabam por buscar a via judicial. O Poder Judiciário, por sua vez, acaba julgando todas as demandas que lhe são entregues, mesmo quando a questão poderia ter sido resolvida pela própria Autarquia.

Não se compreende ao certo se tal atuação se justifica por meio de uma análise demasiadamente superficial dos requerimentos submetidos à autarquia ou categórica demais dos requisitos de concessão dos benefícios. Ocorre que, a

Instituição Previdenciária nega os benefícios requeridos – quase que na totalidade – quando as pessoas mais necessitam.

José dos Santos Carvalho Filho define a autarquia da seguinte maneira:

...pode-se conceituar autarquia como a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado. (CARVALHO FILHO, 2009)

Deste modo, mesmo estando no poder público como órgão descentralizado, o Instituto Nacional do Seguro Social age como se Estado fosse.

A realidade existente no sistema da Seguridade Social, sobretudo a existente no município de Marabá, tanto estrutural – ausência de instalações adequadas ou quadro de pessoal, quanto de gerenciamento – carência de uniformização de informativos, falta de atendimento peculiar, substancialmente nas perícias médicas (ápice dos requerimentos), não deve ser justificativa do Estado para se eximir de garantir o mínimo existencial da pessoa que não mais consegue prover seu sustento com o seu trabalho, e conseqüentemente a garantia da dignidade da pessoa humana.

Cabe ao Estado a garantia do benefício, o zelo pela continuidade dessa política pública, a qual desempenha um papel fundamental na vida social e econômica brasileira.

A deficiência de serviço pode consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço, magistralmente elucidado por Carvalho Filho. (CARVALHO FILHO, 2009)

Adequadamente cabe mencionar o conhecimento existente na obra organizada por Gustavo Corrêa (MATTA, 2008), a qual afirma que “é o ‘direito de ter direito’ que transforma a cultura do clientelismo na cultura da cidadania e permite colocar na agenda pública a questão da inclusão social”. Continua:

O papel do Estado no processo de inclusão social é sublinhado por Fábio Wanderley Reis (1993), quando afirma que o nível de carência entre os setores populares é tão agudo que o Estado, em nossas sociedades, termina por ser o agente produtor da própria capacidade de reivindicação popular. Sua proposta é de que a incorporação cidadã, nessas circunstâncias, somente será possível se o Estado for capaz de institucionalizar esta relação, transformando os setores marginalizados em seus clientes reais sem recorrer a mecanismos de manipulação política. No entanto, mais que um conjunto de benefícios, o desafio da cidadania é construir um sentido de pertencimento a uma esfera pública. (MATTA, 2008)

O Estado deve buscar ferramentas de inclusão social, não de exclusão, e na população deve permanecer o sentimento de proteção por meio do Estado, em todas as esferas, substancialmente quando o mesmo mais necessita ser amparado pelo Estado.

Ausente este “amparo administrativo” estatal, o cidadão - requerente do benefício, se ver impelido em recorrer ao judiciário. Sabiamente Matheus Freschi França descreve o cenário da judicialização dos benefícios previdenciários:

O INSS é um órgão que tem sido desacreditado pelo segurado ante os inúmeros casos de fraude, erro e despreparo dos funcionários. Isso faz com que o segurado perca a sua esperança na autarquia e busque seu direito quase que diretamente pela via judiciária, abarrotando a Justiça Federal de ações.

Entretanto, o acesso à justiça nesses casos é prejudicial para o próprio segurado, vez que ante o exorbitante número de ações propostas, boa parte não será acolhida, gerando uma enorme carga negativa jurisprudencial na matéria, além de certa necessidade, por parte dos magistrados, de serem mais rígidos com a concessão de benefícios. (FRANÇA, 2014)

Com maestria, o professor e Ministro do Superior Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso demonstra o significado de judicialização:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2012)

É importante assinalar, que as decisões submetidas à análise dos Tribunais Federais, substancialmente ao Juizado Especial Federal, a este não possui a alternativa de conhecer ou não das ações, uma vez presente os requisitos de alçada deve o mesmo apresentar uma solução. Portanto, o judiciário tem decidido em tamanha proporção na seara previdenciária, porque era/é o que lhe caberia fazer, “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”, continua o professor Barroso. (BARROSO, 2012)

Todavia, uma vez submetidas as ações previdenciárias ao judiciário e este exibindo seu posicionamento quanto as mesmas, acaba por diretamente influenciar no *direito* ao expressar uma postura do intérprete, potencializando o sentido e alcance das normas.

Podemos verificar que há uma falha na realização destas perícias, com maior ênfase no âmbito administrativo, o qual dá o poder de concessão do benefício pleiteado a seu médico perito, que recebe treinamento de legislação previdenciária, parecendo ser treinado para indeferir benefícios e não para avaliar se o segurado está acometido de alguma doença, e se esta doença lhe traz alguma incapacidade laborativa. (DA SILVA FARIA RAMOS BORGES, 2016)

Há algum tempo esta atuação do judiciário tem sido a reparação da conjuntura previdenciária e assistencial, porém, atualmente têm se tornado mais que uma

reparação, uma vez utilizado este recurso de forma excessiva, acaba por prejudicar o sistema.

5 – CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo geral discorrer sobre o processo de judicialização ao qual está sendo submetido o direito previdenciário, substancialmente no que se refere aos benefícios de auxílio-doença e benefício assistencial da LOAS, abordando mais especificamente os requisitos das Leis 8.213/91, a qual dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, o Dec. 3.048/99 e a Lei 8.742/1993 – Lei Orgânica da Assistência Social –, as demais leis e entendimentos doutrinários, e ainda, breve estudo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, e como o Estado tem o dever de zelar pelos seus.

Restando definidos os critérios para que o cidadão faça jus aos benefícios mencionados alhures.

Deste modo, se relatou de maneira prática o déficit no desempenho da função da autarquia previdenciária e a atuação do judiciário, seja na área da previdência ou da assistência social. De modo que, os requisitos basilares de concessão dos benefícios escolhidos – LOAS e auxílio-doença - têm sido atingidos diretamente pela judicialização.

Expondo que o INSS é um órgão que tem sido desvalorizado pela população, a conquista do benefício pela via administrado ao longo do tempo tem se tornado demasiadamente penosa diante de suas acentuadas debilidades, como a demora em atendimentos, na realização de perícias médicas, no modo generalizado como são analisados os requisitos submetidos ao mesmo, entre outros fatores.

Isso faz com que os cidadãos busquem seus direitos através do judiciário. No entanto, este, por muitas vezes acaba por extrapolar seus limites de Controle administrativo e o modo de interpretação das normas previdenciárias.

Árduo é assinalar um alvitre diante deste cenário da judicialização de benefícios previdenciários, já que envolve tantos “motivos” – econômicos, administrativos e culturais. Todavia, como meio de representar ganho para a civilização, conclui-se, que, primordialmente, deve a autarquia previdenciária tomar sua posição, desenvolvendo seu papel autárquico de forma digna e organizada, e colocar em prática os princípios que a regem – constitucionais e previdenciários. Em função disso, a carência de ações previdenciárias nos JEF’s tornará a atuação do

judiciário desfalcada, e conseqüentemente uma aplicação concisa das normas previdenciárias.

REFERÊNCIAS

AMADO, F. Direito e processo previdenciário sistematizado. 3ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

BALERA, W. Previdenciário. Reflexões sobre o sistema previdenciário brasileiro, Rio Grande, Junho 2008. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2803&revista_caderno=20>. Acesso em: Agosto 2016.

BALERA, W. Reflexões sobre o sistema previdenciário brasileiro. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, Junho 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2803>. Acesso em: 13 Janeiro 2017.

BARCELLOS, P. D. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, L. R. Revista 1511. ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - EMERJ, 2001. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Acesso em: 02 Setembro 2016.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, V, 2012. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/index/search/advancedResults>>. Acesso em: 29 janeiro 2017.

BRASIL, S. T. F. STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso. Supremo Tribunal Federal, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em: 23 Novembro 2016.

CARVALHO FILHO, J. D. S. Manual de direito administrativo. 21ª ed. aum. e atual. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVELHEIRO, S. Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA. (Re)Pensando Direito, 2016. Disponível em: <<http://local.cnecsan.edu.br/revista/index.php/direito>>. Acesso em: 09 Agosto 2016.

COIMBRA, J. R. F. Direito Previdenciário Brasileiro. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

DA COSTA, A. M. Juizado Especial Federal Lei Nº10.259/2001. Âmbito Jurídico, Rio Grande, VI, Maio 2003. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3653>. Acesso em: 05 fevereiro 2017.

DA SILVA FARIA RAMOS BORGES, J. M. Da perícia médica no Direito Previdenciário. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <<https://julianamoreirasilva.jusbrasil.com.br/artigos/290798007/da-pericia-medica-no-direito-previdenciario>>. Acesso em: 05 fevereiro 2017.

FARIA RAMOS BORGES, J. M. D. S. Da perícia médica no Direito Previdenciário: Perícia Administrativa e Judiciária. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://julianamoreirasilva.jusbrasil.com.br/artigos/290798007/da-pericia-medica-no-direito-previdenciario>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

FONSECA, R. B. P. D. UNIEDU. UNIEDU - Universitárias de Santa Catarina, 2011. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Rafaela-Bortolotto-Pinter-da-Fonseca.pdf>>. Acesso em: 10 Setembro 2016.

FONSECA, R. B. P. D. Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina. Trabalho de conclusão de Bolsistas. UNIEDU, 2015. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/pos-graduacao/trabalhos-de-conclusao-de-bolsistas/>>. Acesso em: 1 Novembro 2016.

FONSECA, T. M. A. D. O Processo De Revisão Do Benefício De Prestação Continuada E A Política De Assistência Social: um estudo sobre o benefício concedido às pessoas com deficiência no Município do Rio de Janeiro. Universidade Federal Fluminense. Niterói: Escola de Serviço Social da Universidade Federal Fluminense. 2007.

FRANÇA, M. F. UNIVEM Aberto. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, Marília, 2014. Disponível em: <<http://aberto.univem.edu.br/handle/11077/1183>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

GOUVEIA, C. A. V. D. O instituto do auxílio-doença previdenciário e suas particularidades. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 66, julho 2009.

KERTZMAN, I. Curso Prático de Direito Previdenciário. 11^a. ed. Salvador: JusPodivim, 2014.

LOPES, C. C. V. Análise crítica da atuação do poder judiciário em relação aos benefícios da seguridade social. *Revista da AGU*, Julho/Setembro 2009. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/264>>. Acesso em: 23 Dezembro 2016.

MAGALHÃES, D. S. Constitucional. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo, Rio Grande, 107, Dezembro 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526>. Acesso em: Agosto 2016.

MARTINS, P. Direito da Seguridade Social. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MATTA, G. C. (. Estado, sociedade e formação profissional em saúde: contradições e desafios em 20 anos de SUS. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008. ISBN 978-85-7541-158-2.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Previdência Social: Reflexões e Desafios. Previdência Social, 2009. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_100202-164641-248.pdf>. Acesso em: 02 Setembro 2016.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E AGRÁRIO. Assistência Social: Benefícios Assistenciais. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, 2015. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/beneficios-assistenciais/bpc>>. Acesso em: 10 Agosto 2016.

NIGRO, A. H. N. Biblioteca da Justiça Federal na Paraíba. Biblioteca da Justiça Federal na Paraíba, 2010. Disponível em:

<http://biblioteca.jfjb.jus.br/arquivos/producao%20intelectual/servidores/TCC_ANA_HELENA.pdf>. Acesso em: 30 outubro 2016.

PEREIRA, L. M. ANÁLISE CRÍTICA DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E A SUA EFETIVAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. Revista CEJ, Brasília, jan./abr. 2012. 15-27. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1521>>. Acesso em: 21 Outubro 2016.

PINTO, J. M. Benefícios do governo federal: uma análise com base na teoria dos ciclos eleitorais, Piracicaba, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-13022012-145926/en.php>>. Acesso em: 23 Janeiro 2017.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. Benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência (BPC/LOAS). Previdência Social, 2015. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/beneficio-assistencial-bpc-loas/>>. Acesso em: 23 Agosto 2016.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. Benefício da Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (BPC/LOAS). Previdência Social, 2015. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/beneficio-assistencial-bpc-loas/>>. Acesso em: 10 Setembro 2016.

RIBEIRO, A. LOAS - requisitos para concessão do benefício. Âmbito Jurídico, Rio Grande, setembro 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16414>. Acesso em: 20 outubro 2016.

SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL. Proteção Especial - Secretaria Estadual de Assistência Social e Desenvolvimento Social. Desenvolvimento Social, 2015. Disponível em: <http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/portal.php/assistencia_especial>. Acesso em: 10 Agosto 2016.