

MANUAL DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE LABORAL E DEFICIÊNCIA

4ª Edição
Revista, Atualizada e Ampliada

ANDRE LUIZ MORO BITTENCOURT

MANUAL DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE LABORAL E DEFICIÊNCIA

4ª Edição
Revista, Atualizada e Ampliada



Alteridade

Curitiba - 2021



Rua Itupava, 118 - Alto da Rua XV, CEP 80045-140 Curitiba – Paraná
Fone: (41) 3075.3238 • Email: alteridade@alteridade.com.br
www.alteridade.com.br

Conselho Editorial

Carlos Luiz Strapazon	Jairo Enrique Herrera Pérez
Claudia Rosane Roesler	Jairo Gilberto Schäfer
Daniela Cademartori	José Antonio Savaris
Fabiano Hartmann Peixoto	Marcos Garcia Leite
Guido Aguila Grados	Luis Alberto Petit Guerra
Ingo Wolfgang Sarlet	Paulo Márcio Cruz
Isaac Reis	Zenildo Bodnar

B624

Bittencourt, André Luiz Moro
Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência /
André Luiz Moro Bittencourt – 4.ed. - Curitiba: Alteridade Editora,
2021.
618p.; 23cm

ISBN 978-65-89533-22

1. Incapacidade – Avaliação. 2. Previdência social.
3. Direito previdenciário. 4. Aposentadorias. I. Título.

CDD 344.032(22.ed)
CDU 349.3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Catalogação: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9/626
Diagramação: Paulo H. Benczik
Capa: Jonny M. Prochnow

AGRADECIMENTOS

Aos seres de luz, pela abertura dos caminhos e pela permissão.

Aos alunos que debatem, conversam, escutam, e muito me ensinam. Nada disso seria possível sem a existência e a dedicação de vocês.

Aos clientes, que entregam suas vidas em nossas mãos e confiam em nosso trabalho.

Ao Professor José Antonio Savaris, pelos ensinamentos, por acreditar e incentivar.

Ao meu pai, Adailton (*in memoriam*), e à minha mãe, Evanilce.
Ele, por sua retidão e sabedoria; ela, por sua infindável garra e por não
desistir de mim, mesmo quando eu mesmo já havia desistido.
À Suzana, por me aceitar, entender minha ausência e
trazer alegria diária ao nosso mundo.

NOTA DO AUTOR - 4ª EDIÇÃO

Quando foi finalizada a edição anterior, ainda no ano de 2019, não se poderia imaginar a enorme mudança que o mundo sofreria em decorrência da pandemia da COVID-19.

Além das alterações na vida cotidiana das pessoas, a pandemia certamente trouxe modificações significativas na forma de trabalho e, no que nos interessa mais de perto nesta obra, no sistema previdenciário e no processamento dos benefícios por incapacidade.

Todo um arcabouço normativo foi criado para fazer frente as novas necessidades e obstáculos advindos da crise sanitária mundial.

O já problemático processamento dos benefícios por incapacidade, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, restou ainda mais instável.

O número de perícias na esfera administrativa já era alto antes da pandemia e com a paralização dos atendimentos na forma presencial, foi necessário dar vazão aos pedidos de benefícios, tendo o governo federal aderido à ideia de utilização de atestado médico como documento hábil à concessão do benefício de forma antecipada.

Certamente a nova forma de processamento não conseguiu suprir toda a necessidade de análise de benefícios, pois em muitos casos os documentos apresentados não foram hábeis a viabilizar a antecipação e, quando isso acontecia, o processo administrativo voltava a depender da análise de mérito e da verificação do quadro incapacitante de forma presencial pelo Perito Médico Federal.

Infelizmente, os peritos, em sua grande maioria, mesmo com a reabertura das agências, mantiveram a suspensão da verificação presencial o que acarretou um aumento significativo do número de casos sem conclusão final e um consequente represamento dos processos de benefícios incapacitantes.

Conforme os problemas foram surgindo, tendo em vista que a crise sanitária se mantinha, o Executivo trazia novos instrumentos normativos para disciplinar o processamento dos benefícios, situação que até impossibilitou a edição desta obra no ano de 2.020, dado que o volume de atualização normativa não permitia uma atualização que representasse a velocidade da edição das normas.

Além dos problemas advindos da pandemia de COVID 19, os reflexos da Emenda Constitucional n.º 103/19 ainda dependiam de um estudo mais aprofundado e também da análise dos reflexos práticos, tanto no que diz respeito à forma de concessão pela Autarquia, como pela interpretação que seria fornecida pelo Judiciário.

Esta quarta edição tenta trazer ao leitor todo este novo universo.

A atualização das normas constitucionais e infraconstitucionais se fez presente, bem como, tanto quanto possível, a reflexão e análise delas. Também foi inserida a atualização jurisprudencial, seja mediante decisões de turmas recursais e de tribunais de justiça e regionais federais, como também de precedentes qualificados da Turma Nacional de Uniformização, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Foi inserido também um capítulo exclusivo para análise das questões envolvendo a COVID 19, sem a pretensão de, assim como em outros capítulos desta obra, esgotar o debate, visto que diariamente o estudo dos benefícios por incapacidade traz novos contornos ao tema.

O fechamento desta edição deixa a impressão de que os benefícios por incapacidade, atualmente, trazem mais questionamentos do que certezas aos que se dedicam ao seu estudo.

A complexidade das normas e das relações que decorrem e contornam a incapacidade laboral e a deficiência deixam claro que há muitos pontos pendentes de reflexão, que muita coisa ainda há por se descobrir e definir e muitas “velhas certezas” merecem um novo ponto de vista e uma nova definição.

Como já dissemos em notas às edições anteriores, os benefícios por incapacidade e o benefício assistencial à pessoa com deficiência podem ser comparados a um oceano. Quem olha de maneira superficial, ou seja, apenas a praia diante de si, pode ter a impressão de que se trata tão somente de uma bela paisagem e que não requer grande entendimento. O mar é de fácil navegação!

O oceano, contudo, não é só a praia. Mistérios se escondem na sua imensidão. Nem o melhor marujo sabe todos os segredos do mar. Assim acontece com os benefícios que envolvem a incapacidade e a deficiência. Não subestime esse universo. Não acredite que ele é apenas a “praia” que se apresenta aos seus olhos.

Ele é maravilhoso, certamente! Transformar para melhor a vida de pessoas com incapacidade ou deficiência é sem dúvida um presente.

Há, porém, que descobrir seus mistérios, desvendar seus caminhos. É preciso coragem e conhecimento. Com estes, você poderá aproveitar o que de melhor ele pode lhe dar.

E nestes tempos tão estranhos, vale a advertência de León Gieco em sua bela canção “Solo le pido a Dios”:

*Solo le pido a Dios
Que el dolor no me sea indiferente
Que la reseca muerte no me encuentre
Vacía y sola, sin haber hecho lo suficiente*

*Solo le pido a Dios
Que lo injusto no me sea indiferente
Que no me abofeteen la otra mejilla
Después que una garra me arañó esta suerte*

*Solo le pido a Dios
Que la guerra no me sea indiferente
Es un monstruo grande y pisa fuerte
Toda la pobre inocencia de la gente
Es un monstruo grande y pisa fuerte
Toda la pobre inocencia de la gente*

*Solo le pido a Dios
Que el engaño no me sea indiferente
Si un traidor puede más que unos cuantos
Que esos cuantos no lo olviden fácilmente*

*Solo le pido a Dios
Que el futuro no me sea indiferente
Desahuciado está el que tiene que marchar
A vivir una cultura diferente*

*Solo le pido a Dios
Que la guerra no me sea indiferente
Es un monstruo grande y pisa fuerte
Toda la pobre inocencia de la gente
Es un monstruo grande y pisa fuerte
Toda la pobre inocencia de la gente*

Respeite o mar e bom mergulho!
Curitiba, outono de 2021.

NOTA DO AUTOR - 3ª EDIÇÃO

É triste notar que nossa preocupação, já manifestada desde a 1ª edição desta obra, com o cenário de mudanças no universo previdenciário, inclusive no que tange aos benefícios por incapacidade e deficiência, mantém-se até os dias atuais e que ela é ainda maior, pois mesmo naquela oportunidade não imaginávamos que a tentativa de barrar a consolidação dos direitos sociais se tornaria não só uma prática corriqueira como também profunda, radical e, por vezes, desumana.

Como alerta em outras oportunidades, os benefícios previdenciários por incapacidade e o assistencial ao deficiente foram pensados justamente para trazer aos seus destinatários uma possibilidade de alento em um delicado momento de vida.

Ao contrário de outras prestações do sistema de seguridade social que decorrem de uma programação, os que visam proteger o deficiente em situação de vulnerabilidade social e os incapazes de realizar sua atividade laboral, além de imprevisíveis, deveriam fornecer a possibilidade de cobrir o risco social existente para, no caso dos assistenciais, fazer com que aquele cidadão exista como pessoa dentro de uma sociedade e, os previdenciários, tragam não só a possibilidade de afastamento da atividade laborativa, mas a possibilidade de neste momento ter renda e tranquilidade emocional para enfrentar o quadro de saúde que o incapacita momentânea ou definitivamente para o exercício do labor.

O que se percebe, contudo é uma inversão de valores na qual se parte do pressuposto de que um beneficiário do sistema é antes de tudo um fraudador e um ser que age por má-fé em busca de um benefício pessoal.

Se não bastasse isso, critérios econômicos bastante discutíveis dominam o debate também nos tribunais.

Assim, o corte de benefícios sem critério e com desrespeito às regras mais básicas do direito constitucional, administrativo, entre outros, é referendado em muitas decisões judiciais. O problema, contudo, não é a manutenção das decisões de indeferimento ou cessação pelos tribunais, pois isso é reflexo do processo democrático. O problema é que muitas decisões restritivas trazem não um conceito jurídico, mas sim um conceito econômico e não provado, como fundamento de decisão judicial.

Como já advertiu John Rawls, “a justiça é a primeira das virtudes das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar”.

O ensinamento é de fundamental absorção no atual momento vivido, quando o discurso do corte é atrelado ao sucesso da percepção de proteção das gerações futuras. Vivemos então o momento no qual devemos todos aplaudir a restrição de direitos e o corte radical de benefícios, mesmo que seja baseado em fundamentos duvidosos ou mesmo sem fundamento algum, pois tudo isso corre para que no futuro encontremos “o pote de ouro no final do arco-íris”.

A promessa fica ainda mais perigosa quando a história nos mostra que em “Pindorama” o eldorado nunca chega e que, o mais certo é que o dito pote esteja repleto de “ouro de tolo”.

Invocando novamente John Rawls, vale a advertência de que “encarar as pessoas como meios implica estar preparado para impor, àqueles que já são menos favorecidos, perspectivas de vida ainda mais baixas, em favor das expectativas mais elevadas de outros”.

Alguns avanços jurisprudenciais, contudo, também foram observados em matéria de benefícios por incapacidade.

O problema é que tanto a MP 871/2019 como a PEC 6/2019 trouxeram uma expressa e clara tendência a retirar do magistrado o poder de interpretar a norma, sobretudo nas situações que desinteressam ao governo. Vários entendimentos consolidados pelas cortes pátrias foram objeto de alteração legislativa na MP 871/2019, como por exemplo o critério de 1/4 do salário mínimo para fins de percepção de BPC, o que demonstra um retrocesso de décadas.

A interferência entre os poderes não é salutar ao Estado Democrático de Direito. Retirar do Judiciário o poder de interpretar a norma ou reduzir os limites de interpretação é, no mínimo, uma triste página de nossa história.

A revolução francesa e o Juiz “Boca da Lei” que até então eram páginas dos livros de história, parecem estar ressuscitados, mas não para “salvar os homens” como no caso daquela ocorrida ao terceiro dia, a ressurreição mais conhecida da história da humanidade.

Esta agora tende a redimir não o mais fraco, como era de se esperar!

Em meio a todas essas mudanças, esta terceira edição se apresenta justamente para apresentar as alterações legislativas ocorridas, as alterações jurisprudenciais existentes desde a edição anterior, revisitar outros pontos anteriormente escritos e ampliar o debate em relação a outros.

Se desde a 1ª edição deixamos claro que nem de longe temos a pretensão de esgotar este denso e importante tema dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência, esta 3ª edição, lançada em momento de imensa incerteza, mas que necessariamente tem o dever de atualizar o operador do direito sobre as alterações já ocorridas, busca evoluir o pensamento trazido nas primeira e segunda edições.

Sempre e muito, porém, há ainda que se desvendar neste imenso e importante “oceano” dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência.

Mais uma vez - e mais que nunca -, respeite o mar e bom mergulho!

Curitiba, outono de 2019.

NOTA DO AUTOR - 2ª EDIÇÃO

Quando apresentamos a primeira edição, no ano de 2016, já expressamos nossa preocupação com o cenário de mudanças no universo previdenciário, inclusive no que tange aos benefícios por incapacidade.

Muitas mudanças ocorreram no país, inclusive mais um episódio de um impedimento de um Presidente da República e alterações significativas no cenário econômico e na confiança dos investidores internacionais para com o Brasil.

Uma nova reforma previdenciária foi proposta e com ela se percebe uma tendência de forte quebra de paradigmas consolidados desde a Constituição de 1988.

Além da proposta de Emenda à Constituição que visa efetivar a reforma previdenciária, Medidas Provisórias foram utilizadas para alterar a forma de concessão de revisão dos benefícios previdenciários por incapacidade.

Esta segunda edição se apresenta justamente neste hiato entre as alterações legislativas ocorridas em sede infraconstitucional, dos benefícios por incapacidade laboral e a efetivação da proposta de reforma previdenciária.

Além das alterações apontadas, percebeu-se ainda neste pequeno intervalo de tempo a oscilação da jurisprudência, sobretudo no que se refere a alguns requisitos do benefício assistencial ao idoso e ao deficiente, o que ajuda a fomentar ainda mais a incerteza que se instala em nossos dias.

Se na primeira edição deixamos claro que nem de longe temos a pretensão de esgotar este denso e importante tema dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência, esta segunda edição, lançada em momento de incerteza, mas que necessariamente tem o dever de atualizar o operador do direito sobre as alterações já ocorridas, busca evoluir o pensamento trazido na primeira edição e demonstrar as alterações ocorridas tanto no plano legislativo como no jurisprudencial.

Muito, porém, há ainda que se desvendar neste imenso e importante “oceano” dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência.

Respeite o mar e bom mergulho!

Tanque Novo, inverno de 2017.

NOTA DO AUTOR

O presente trabalho é fruto de ponderações decorrentes da prática docente e também da militância judicial.

Nem de longe se pretende esgotar todos os pontos que envolvem a intrincada relação entre a saúde do trabalhador ou da pessoa com deficiência e a cobertura dos riscos sociais decorrentes. Pelo contrário, quanto mais se estuda o tema, mais questionamentos se apresentam, mais dúvidas surgem, mais entendemos a necessidade de avançar estudando.

Apoiados em doutrinadores nacionais e alguns estrangeiros e também em decisões judiciais e administrativas, apresentamos algumas observações e tentamos traçar um panorama da atual interpretação dos problemas que envolvem a deficiência e a incapacidade dentro do universo dos benefícios previdenciários e assistenciais.

Importante destacar que a atual conjuntura econômica do Brasil vem trazendo reflexos ao sistema previdenciário. No ano de 2015, algumas alterações foram introduzidas aos benefícios por incapacidade, como, por exemplo, o subteto para o auxílio-doença. O ano de 2016 promete trazer mais mudanças. O momento é de grande incerteza.

Quanto à obra, iniciamos com apontamentos envolvendo a forma de interpretação, passamos pela evolução dos conceitos de deficiência e incapacidade, verificamos a dificuldade de definição, sobretudo do conceito de incapacidade.

Trabalhamos com os benefícios por incapacidade, deixando para outra oportunidade o aprofundamento das questões envolvendo o acidente de trabalho, que, em nosso entender, merece obra exclusiva.

Passamos pela habilitação e reabilitação profissional trazendo seus objetivos, conceito, entre outras situações de fundamental importância. Descobrimos a necessidade de aprimoramento do debate envolvendo a habilitação e reabilitação e como ele poderia ajudar a superar uma série de dificuldades existentes.

Finalizamos com o estudo dos benefícios assistenciais da pessoa com deficiência, trazendo as atuais orientações jurisprudenciais.

Aliamos aos debates os aspectos da prática administrativa e judicial que entendemos necessários e que podem auxiliar, de alguma forma, o trabalho dos

profissionais que se debruçam a essa importante missão e que envolve pessoas em delicado momento de suas vidas.

Percebemos que os benefícios por incapacidade e o benefício assistencial à pessoa com deficiência podem ser comparados a um oceano. Quem olha de maneira superficial, ou seja, apenas a praia diante de si, pode ter a impressão de que se trata tão somente de uma bela paisagem e que não requer grande entendimento. O mar é de fácil navegação!

O oceano, contudo, não é só a praia. Mistérios se escondem na sua imensidão. Nem o melhor marujo sabe todos os segredos do mar. Assim acontece com os benefícios que envolvem a incapacidade e a deficiência. Não subestime esse universo. Não acredite que ele é apenas a “praia” que se apresenta aos seus olhos.

Ele é maravilhoso, certamente! Transformar a vida de pessoas com incapacidade ou deficiência é sem dúvida um presente.

Há, porém, que descobrir seus mistérios, desvendar seus caminhos. É preciso coragem e conhecimento. Com estes, você poderá aproveitar o que de melhor ele pode lhe dar.

Respeite o mar e bom mergulho!

Natal, verão de 2016.

SUMÁRIO

Capítulo 1 – DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	2
1.1 - A dignidade da pessoa humana e seus reflexos no sistema de proteção social	23
1.1.1 - O adequado enquadramento da dignidade da pessoa humana dentro da Constituição Federal de 1988	23
1.1.2 - Os reflexos no sistema de Assistência Social	
1.1.3 - Os reflexos no sistema de Previdência Social	34
Capítulo 2 – DA DEFICIÊNCIA E DA INCAPACIDADE	
2.1 - Ponto de partida: da diferença entre deficiência e incapacidade.....	37
2.1.1 - Da deficiência	37
2.1.1.1 - Dos aspectos introdutórios.....	38
2.1.1.2 - Da configuração da deficiência segundo a convenção: aspectos iniciais..	39
2.1.1.3 - Do conceito, extensão e alcance dos tratados e convenções internacionais.....	41
2.1.1.4 - Dos tratados e convenções e sua hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro	4
2.1.1.5 - A Emenda Constitucional n. 45/2004 e seus reflexos na hierarquia dos tratados na ordem interna brasileira	45
2.1.1.6 - Da convenção dos direitos da pessoa com deficiência	
2.1.1.7 - Da possibilidade de norma advinda de Emenda Constitucional ser enquadrada como direito fundamental	48
2.1.1.8 - Da convenção de Nova Iorque e sua interpretação em face do ordenamento jurídico brasileiro	4
2.1.1.9 - Da deficiência ao longo do tempo	50
2.1.1.10 - Da evolução legislativa	51
2.1.1.10.1 - Deficiência no Decreto n. 3.298/99	51
2.1.1.10.2 - Quebra do paradigma do conceito clínico de deficiência.....	52
2.1.2 - Da incapacidade.....	54
2.1.2.1 - Aspectos iniciais.....	5
2.1.2.2 - Conceito	55
2.1.2.3 - Incapacidade social	7
2.1.2.4 - Incapacidade social e HIV/Aids	

Capítulo 3 – DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE.....	
3.1 - Aspectos comuns.....	8
3.1.1 - Da carência.....	87
3.1.2 - Da inexistência de contribuições e das contribuições realizadas em atrasado e seus reflexos na carência para percepção de benefícios.....	9
3.1.3 - Do marco inicial para contagem da carência	97
3.1.4 - Da qualidade de Segurado e seus reflexos nos benefícios por incapacidade... ..	100
3.1.5 - Perda de qualidade de Segurado e quantidade de meses necessários para obtenção de benefício previdenciário.....	101
3.1.5.1 - Da segurança jurídica e a alteração reiterada do texto legal e da não conversão da Medida Provisória em lei e suas consequências	10
3.1.5.2 - Do princípio do <i>tempus regit actum</i> e sua aplicação relacionada ao direito adquirido	
3.1.5.3 - Das demais circunstâncias para correta verificação do direito ao benefício em caso de retorno ao sistema de proteção social	11
3.1.6 - Da existência de doença ou lesão em momento anterior ao ato de filiação	119
3.1.7 - Da impossibilidade de agendamento para alguns benefícios por incapacidade.....	127
3.1.8 - Da possibilidade de processamento de benefício de ofício pelo INSS.....	129
3.2 - DO BENEFÍCIO DE INCAPACIDADE TEMPORÁRIA	
3.2.1 - Da atividade habitual e do trabalho	138
3.2.2 - Da data de início do benefício	
3.2.3 - Do exercício de atividade remunerada no período da incapacidade	147
3.2.4 - Segurado empregado e retorno da situação incapacitante após alta	157
3.2.5 - Do benefício de incapacidade temporária parental	159
3.2.6 - Do valor do benefício	16
3.3 OS ASPECTOS PRÁTICOS	
3.3.1 - Da esfera administrativa	177
3.3.1.1 - Aspectos iniciais – prévio requerimento administrativo	1
3.3.1.2 - Demais situações	186
3.3.2 - Alta programada.....	19
3.3.2.1 - A Alta Programada até o advento da Medida Provisória n. 739/2016 ..	192
3.3.2.2 - A Alta Programada após o advento da Medida Provisória n. 739/2016 ..	195
3.3.3 - Da permanência da situação incapacitante	207
3.3.3.1 - o pedido de prorrogação.....	207
3.3.3.2 - Pedido de reconsideração	210
3.3.4 - Aspectos do processo administrativo	210
3.3.4.1 - Do comparecimento em agência.....	211
3.3.4.2 - Da possibilidade de acompanhamento da perícia administrativa	217
3.4 - DO INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO X NEGATIVA DE RETORNO AO TRABALHO PELA EMPRESA – LIMBO PREVIDENCIÁRIO.....	218
3.5 - DA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE.....	224
3.5.1 - Noções gerais.....	225
3.5.2 - Da data de início do benefício	227
3.5.3 - Do valor do benefício	

3.5.3.1 - Do fato gerador ocorrido até vigência da Emenda Constitucional n. 103/2019	232
3.5.3.2 - Do fato gerador ocorrido a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 103/2019.....	235
3.5.3.3 - Da (in)constitucionalidade da nova metodologia de cálculo dos benefícios por incapacidade permanente com fato gerador ocorrido a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 103/2019	237
3.5.4 - O conceito de invalidez.....	253
3.5.5 - Do adicional de 25% aos benefícios de aposentadoria por incapacidade permanente.....	263
3.5.5.1 - Da possibilidade de extensão do adicional de 25% aos demais benefícios	26
3.5.6 - Da recuperação da capacidade e do saldo remanescente.....	27
3.5.7 - Da conversão do benefício de incapacidade temporária e da aposentadoria por incapacidade permanente em aposentadoria por idade ou tempo de contribuição e da contagem do tempo de benefício como contribuição e carência.....	283
3.5.8 - Da conversão da aposentadoria por idade ou tempo de contribuição em aposentadoria por incapacidade permanente.....	300
3.6 - DO AUXÍLIO-ACIDENTE.....	302
3.6.1 - Traços elementares	302
3.6.1.1 - Situações que amparam a concessão do benefício	3
3.6.2 - Destinatários	310
3.6.3 - Requisitos.....	317
3.6.4 - Do valor do benefício	325
3.6.5 - Do início do benefício.....	
3.6.6 - Da percepção do auxílio-acidente e sua relação com a qualidade de Segurado	332
3.6.7 - Cumulação do benefício	343
3.6.8 - Grau da lesão.....	365
3.6.9 - Perda auditiva	367
3.6.10 - Da suspensão e da cessação.....	3
3.7 ISPOSIÇÕES FINAIS	370
Capítulo 4 – DA HABILITAÇÃO E REABILITAÇÃO PROFISSIONAL	3
4.1 - Aspectos iniciais	
4.1.1 - Da habilitação e reabilitação – diferenças	373
4.1.2 - Da habilitação e reabilitação profissional como instrumento de inclusão.....	37
4.1.3 - Conceito	376
4.1.4 - Destinatários	377
4.1.5 - Objetivos	377
4.1.6 - Forma de realização.....	3
4.1.7 - Da obrigatoriedade.....	
4.1.8 - Da carência.....	387
4.1.9 - Da análise quanto à viabilidade.....	
4.1.10 - Da conclusão do processo.....	

Capítulo 5 – DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA COM DEFICIÊNCIA	393
5.1 - Questões introdutórias	
5.1.1 - Dos destinatários	39
5.1.2 - Do polo passivo	40
5.1.3 - Dos requisitos para concessão ao benefício de prestação continuada a Pessoa com Deficiência	40
5.1.4 - Conceito de deficiência	404
5.1.5 - Da caracterização da deficiência para fins de concessão de benefício	404
5.1.6 - Da caracterização da (miserabilidade?) para fins de concessão de benefício..	419
5.1.6.1 - Dos meios de comprovação da vulnerabilidade social	434
5.1.7 - Da renda e do grupo familiar	4
5.1.8 - Do novo instrumento de verificação de aferição em decorrência da evolução do conceito de deficiência	452
5.1.9 - Da impossibilidade de cumulação de benefício de prestação continuada com outra espécie de benefício	464
5.1.10 - Da suspensão, cancelamento e outras condicionantes	476
5.1.11 - Do recebimento	480
Capítulo 6 – ASPECTOS PROCESSUAIS	48
6.1 - Do processo judicial	483
6.1.1 - Das provas.....	486
6.1.1.1 - Aspectos introdutórios.....	486
6.1.1.2 - Da prova como fundamento constitucional	49
6.1.1.3 - Do conceito de prova	494
6.1.1.4 - Do ônus probatório e a possibilidade de distribuição dinâmica da prova	498
6.1.1.5 - Dos processos previdenciários envolvendo incapacidade e deficiência..	50
6.1.1.6 - Das provas possíveis para comprovação da incapacidade e deficiência	503
6.1.1.7 - o momento para apresentação da prova.....	50
6.1.1.8 - Da (im)possibilidade de realização de prova em sede recursal.....	512
6.1.2 - Do novo conceito de incapacidade e seus mecanismos de verificação por perícia	5
6.1.2.1 - Da perícia e seus aspectos controvertidos – aspectos introdutórios	52
6.1.2.2 - Da prova pericial	525
6.1.2.3 - Da perícia médica e a (im)possibilidade de realização por outros profissionais.....	52
6.1.2.4 - Da realização da perícia por especialista	
6.1.2.5 - Da realização por mais de um profissional	
6.1.2.6 - Da (não)obrigatoriedade de realização da perícia.....	547
6.1.3 - Das demais considerações que envolvem o perito	553
6.1.3.1 - Da realização da prova pericial.....	
6.1.4 - Dos deveres do perito.....	560
6.1.5 - Do assistente técnico	56
6.1.6 - Da fundamentação da conclusão	57
6.1.6.1 - Do livre convencimento motivado	

Capítulo 7 – A COVID-19 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NOS BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE E NO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	579
7.1 - Da diferença entre os benefícios concedidos em decorrência da COVID-19	
7.1.1 - Da evolução legislativa das normas especiais para o enfrentamento da Covid-19 em matéria de benefícios por incapacidade laboral e deficiência.....	580
7.1.2 - Requisitos para percepção da antecipação dos benefícios por incapacidade..	58
7.1.3 - Do interesse de agir em caso de indeferimento da antecipação do benefício..	584
7.1.4 - Dos requerimentos de antecipação e suas consequências em relação à fixação da DIB.....	588
7.1.5 - Das perícias judiciais em épocas de Covid-19	589
Referências	5
Anexos – SÚMULAS APLICÁVEIS AO TEMA.....	605
Súmulas STF	605
Súmulas Vinculantes STF	606
Súmulas STJ	606
Súmulas TRF 3ª Região.....	606
Súmulas TNU.....	606
Súmulas Turma Regional de Uniformização 4ª Região	608
Súmulas Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Campinas/SP	60
Súmulas Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Distrito Federal/DF.....	608
Súmulas Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Minas Gerais/MG.....	608
Súmulas Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro/RJ	609
Súmulas Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Espírito Santo/ES.....	609
Súmulas das Turmas Recursais da 3ª Região (Consolidação das Súmulas da TR-SP e da TR-MS)	
Súmulas Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Santa Catarina/SC	611
Súmulas Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Rio Grande do Sul/RS	61
Súmulas Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Rio Grande do Norte/RN ...	611
Súmulas TST.....	613
Súmulas AGU.....	613
Enunciados do Conselho de Recursos da Previdência Social.....	
Enunciados do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAFEJ	6

CAPÍTULO 1

DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DE PROTEÇÃO SOCIAL

1.1.1 - O adequado enquadramento da dignidade da pessoa humana dentro da Constituição Federal de 1988

Sem nos aprofundarmos em aspectos históricos relativos à dignidade da pessoa humana¹, respeitando a característica da presente obra, é necessário, desde logo, apresentar sua natureza jurídica, a forma pela qual nossa Constituição define a dignidade da pessoa humana, as consequências desse enquadramento, sua forma de interpretação, seus limites, sobretudo dentro das perspectivas sociais de proteção, e, mais especificamente, a proteção social voltada aos incapacitados e às Pessoas com Deficiências, objeto do presente estudo.

Certamente, um adequado enquadramento da dignidade da pessoa humana proporcionará ao aplicador do direito uma análise mais eficaz da legislação, e, por consequência, uma melhor aplicação ao caso concreto.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, *“a dignidade da pessoa humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo”*², visão esta que teve origem com o Conde de Mirandola quando, em seu discurso *“Oração Sobre a Dignidade do Homem”*, separou as questões religiosas, dando uma posição mais racional ao homem, tratando-o como centro do mundo.

1 “[...] todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não tem preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade” (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 72).

2 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 14.

Somente no século XX, contudo, é que a dignidade passou a fazer parte de documentos jurídicos, e, no que diz respeito às normas constitucionais, foi o México, em 1917, o primeiro Estado a deixar consignado, em sua Carta Maior, o dever de observação e respeito ao homem dentro de tal perspectiva, sendo seguido, em 1919, pela Constituição alemã.

As atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial trouxeram como consequência a proliferação dessa formalização, em sede de Carta Constitucional, com a determinação de respeito e proteção da dignidade, sendo dada a ela ainda a inviolabilidade e o dever de observação até mesmo pela autoridade estatal, como foi o caso da Lei Fundamental alemã de 1949.

Observa-se, assim, que a dignidade é ponto fundamental para surgimento e desenvolvimento da personalidade da pessoa. Com sua garantia, o que se busca são a autorrealização e a autodeterminação³, tendo cada um, obrigatoriamente, que respeitar o direito dos demais, mas, de igual forma, ter respeitados os seus, seja por seus pares, seja pelo Estado.

Segundo definição consolidada no Tribunal Constitucional alemão, “a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado”⁴.

Pois bem! Se a dignidade se situa no ápice do sistema, é valor supremo e bem absoluto. Para que tenhamos sua mais eficaz aplicação, a interpretação dos dispositivos, sobretudo quando se fala em sistema de proteção social, tem que se dar dentro dessa perspectiva, devendo o operador do direito ter a real noção de sua natureza e de sua força normativa⁵.

3 A ótica ético-kantiana ensina que deve ser assegurada a autonomia e a dignidade, sendo a primeira a vontade livre e a capacidade de um indivíduo se determinar diante de sua representação de leis, ou seja, leis que trazem para si, restando vinculado apenas a sua própria vontade e não a de terceiros, devendo, contudo, haver uma racionalização pelo indivíduo, e esta racionalização compreende realizar a representação correta das leis morais. Já a dignidade decorre justamente da autonomia e, “quando uma coisa está acima de todo preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade” (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 71). João Costa Neto, por sua vez, adverte que atualmente a dignidade deve ser entendida como o direito de perseguir seus próprios fins e objetivos, sem que sua ação seja determinada por fontes alheias (COSTA NETO, João. **Dignidade humana**: visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal europeu. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34).

4 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 21.

5 Oportuno aqui advertir que uma Constituição, para ter força, deve representar os reais e atuais anseios da sociedade que se põe a regular. Na emblemática e insdispensável obra *A força normativa da Constituição*, Konrad Hesse leciona que “a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida” (HESSE, Konrad.

Não é raro verificar em determinada demanda o discurso de que há omissão, negligência ou infração de norma existente garantidora de determinados direitos que, em última análise, tratam da dignidade humana. Porém, na mesma medida em que são debatidos, percebe-se que falta conteúdo, o que acaba acarretando um esvaziamento e banalização de tão importante instituto.

Mais uma vez, justifica-se a necessidade de investigação e esclarecimento para sua melhor aplicação⁶, lembrando que essa melhor discussão e aplicação trazem como consequência a realização de determinação constitucional de realização de políticas voltadas à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária.

Certamente não é tarefa fácil, pois, como advertiu Ingo Wolfgang Sarlet, *“não é à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é”*⁷.

Afinal, a dignidade da pessoa humana possui que característica no ordenamento jurídico pátrio vigente?

Muito se propaga, quando da definição e da força do conceito de dignidade, ser ele um direito fundamental, havendo, ainda, quem defenda ser ele um princípio orientador de interpretação normativa⁸.

Ao verificar a disposição das normas dentro do texto constitucional, percebe-se que os direitos fundamentais estão elencados, sobretudo no artigo 5º (sabe-se que estão espalhados no texto constitucional, não estando previstos somente no citado artigo), e que lá não aparece a dignidade da pessoa humana (pelo menos não de forma expressa).

Sob o enfoque de que a dignidade humana trata de dar ao indivíduo o poder de autorrealização, autodeterminação, proporcionando a ele o incremento de

A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991, p. 18).

- 6 “Todavia, justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituise (ou, ao menos assim, o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9 ed. rev. atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 31).
- 7 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 51.
- 8 A advertência de João Costa Neto é no sentido de que, embora grande parte dos autores trate o princípio como algo menor do que um direito fundamental, sob a perspectiva de que princípios estão ao largo de questões subjetivas e justificáveis, sendo mero vetor interpretativo, atualmente há uma corrente defendendo que se deve tratar o princípio como algo que possibilita o debate judicial e sua materialização no caso concreto. Há que lembrar, ainda, que autores, como Robert Alexy, defendem ser os direitos fundamentais princípios, dentro de uma visão de caráter dúplice (normas-regras e normas-princípios), o que nos levaria à conclusão de que os conceitos ora abordados não são excludentes (COSTA NETO, João. **Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 46).

sua personalidade dentro de suas necessidades e do que entende coerente e indispensável para sua vida, certamente a dignidade da pessoa humana apresenta característica de um direito fundamental, devendo ser protegido de toda e qualquer ingerência, estando gravado como cláusula pétrea em nosso ordenamento.

Estaria a questão resolvida com a conclusão de que é direito fundamental ou haveria algo mais a ser investigado?

Por qual motivo a dignidade deixa de ser um princípio, ou ainda, não possui outra característica diversa daquela que o traduz “apenas” como um direito fundamental?

Para dar continuidade ao processo investigativo, necessário responder a outro questionamento:

Onde reside a dignidade da pessoa humana no texto constitucional de 1988? Qual característica ela apresenta?

Quando a teoria do Tribunal Constitucional alemão defendeu que a dignidade é valor supremo, bem absoluto, e que é à luz dele que cada dispositivo deve ser interpretado, fez com que as consequências desse pensamento gerassem frutos nos mais variados Estados, como no caso, o Brasil. Foi justamente por perceber o real teor e força do conceito que o constituinte originário andou bem e elencou a dignidade da pessoa humana não no rol dos direitos fundamentais (de maneira simplista⁹), e sim como fundamento da República Federativa do Brasil, no inciso III do artigo 1º.

Diante de tal topografia, parece a conclusão apontar no sentido de que dignidade humana não é um direito fundamental (não dentro de uma ótica simplista).

Caso não o seja, o que efetivamente seria?

Dignidade da pessoa humana¹⁰, da forma como elencada pela Carta Fundamental, de 1988, é um fundamento da República, e, dentro dessa perspectiva e daquela trazida pelo Tribunal alemão, todos os demais dispositivos (constitucionais e infraconstitucionais) têm que ser obrigatoriamente interpretados de forma a garantir e efetivar (pois é um fim a ser alcançado) a dignidade no caso concreto, preservando, assim, a autonomia do sujeito.

9 A palavra simplista aqui se emprega dentro de uma visão de que o direito fundamental seria algo elencado em determinado artigo da Constituição Federal, em especial o artigo 5º, e estaria “engessado” dentro de um ou outro rol, sendo, então, contrário à ideia defendida de uma interpretação mais eficaz que garanta no caso concreto a materialização desse ideal (fim a ser buscado) de dignidade.

10 Para Luís Roberto Barroso, “não é difícil perceber, nesse contexto, a dupla dimensão da dignidade humana: uma interna, expressa o valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidade, assim como correlatos deveres de terceiros. a primeira dimensão é por si mesma inviolável, já que o valor intrínseco do indivíduo não é perdido em nenhuma circunstância; a segunda pode sofrer ofensas e violações” (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 62).

Diante do raciocínio acima apontado, parece agora o resultado apontar a resposta para o princípio orientador de interpretação de normas.

E, caso seja esse o entendimento, não haveria o risco de desnaturar a característica de direito fundamental e, por consequência, sua gravação como cláusula pétreia o que permitiria haver restrição de direitos ou subutilização da dignidade humana ou, ainda, o que é mais temerário, exclusão total ou parcial de suas garantias?

Por ser entendida como um princípio informador, deixou de ser um direito fundamental? São perspectivas excludentes?

Há autores¹¹ que defendem ser a dignidade humana um valor capital e núcleo essencial para interpretação dos direitos fundamentais, entretanto não absoluto, sendo assim um princípio¹² jurídico constitucional, logo, não autônomo, e, não se perca de vista, *“vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos”*¹³.

Logicamente, o fato de ser resguardada não garante que na vida cotidiana não venha a ocorrer sua violação ou até mesmo omissão diante da necessidade de implementação de medidas positivas, e justamente por isso é que a visão ora plantada tem por perspectiva que, havendo vazio, ambiguidade ou confronto no ordenamento jurídico, se faz necessário ter em mente a ideia de dignidade humana como orientador interpretativo para a solução de casos reais, o que a colocaria ainda como princípio informador interpretativo.

É indiscutível, todavia, o dever de respeito à materialização da dignidade da pessoa humana como formalização de autonomia, realização e determinação da pessoa e, por consequência, da sociedade.

Indubitável também parece ser a noção de que a dignidade da maneira como colocada no texto da Constituição Federal de 1988, além de ser um princípio norteador, é ainda e conjuntamente uma garantia fundamental da pessoa e que deve ser resguardada para assegurar não só a autonomia e autorrealização do indivíduo isoladamente considerado, como ainda de uma sociedade livre, justa e solidária. Há de se destacar, ainda, que a defesa de tal direito de tamanha magnitude deve sempre ser observada não só em relação a seus pares como também dos governantes. Não basta ainda resguardá-la em relação a esses atores

11 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 64.

12 A justificação se dá sob a ótica de Robert Dworkin, para quem “princípios são normas que contêm ‘exigências de justiça ou equidade ou alguma outra exigência de moralidade’. Ao contrário das regras jurídicas, não se aplicam na ‘modalidade tudo ou nada’, e em certas circunstâncias podem não prevalecer devido à existência de outras razões ou princípios que apontem para uma direção diferente” (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 64).

13 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 26.

na atualidade, deve ser resguardada essa parcela de direitos também no futuro, evitando, assim, o retrocesso social¹⁴.

Conclui-se, então, que a dignidade da pessoa humana assume, na Constituição Federal de 1988, não só o caráter de direito fundamental ou de princípio orientador interpretativo, considerados de forma isolada.

Seria, por conseguinte, a união desses dois importantes e essenciais institutos que poderia dar ao seu destinatário a real e mais ampla dimensão e proteção. Esse é o entendimento trazido, por exemplo, por João Costa Neto, quando propaga que:

[...] com efeito, fez bem o constituinte brasileiro ao chamar a dignidade humana de fundamento da República Federativa do Brasil. Isso só pode significar que ela é, simultaneamente, direito fundamental e princípio e que, como tal, possui lugar de distinção na ordem jurídico-constitucional brasileira¹⁵.

Portanto, a dignidade da pessoa humana, da forma como elencada na Constituição Federal de 1988, deve ser observada como um direito fundamental, e, como consequência, qualquer situação de limitação ou tentativa de retirada, mesmo que parcial, resta proibida, ao mesmo tempo que todo o ordenamento jurídico tem que ser interpretado de forma a garantir e efetivar a dignidade humana no caso concreto¹⁶.

Desde logo, porém, cabe uma advertência! Uma coisa é garantir e efetivar, outra muito diferente é ser esse direito ilimitado. Vivemos em sociedade, e, diante disso, outros tantos interesses se colocam.

O grande problema é que, em um mundo competitivo e que vigora o poder do capital, a visão de realização e racionalização daquilo que um ser considera como regra de conduta pode acarretar justamente a diminuição da autonomia de tantos outros, e certamente esses outros estarão inseridos entre aqueles que se encontram à margem das relações institucionais e sociais. Diante disso, *“a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um [...]”¹⁷.*

14 Esta discussão ganha ainda mais relevo nos dias atuais, em que a reforma da previdência tentou, de todas as formas, atacar direitos importantes, por exemplo, o benefício assistencial ao idoso e ao deficiente, sem falar no corte significativo em outros benefícios e garantias anteriormente existentes.

15 COSTA NETO, João. **Dignidade humana**: visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal europeu. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

16 “Assim, compreendida como igualdade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 52).

17 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 58.

Aqui se torna muito válida a lição de Jock Young, em “El vértigo de la modernidad tardía”, de que “*los pobres son vistos como desconectados de nosotros*”¹⁸. Em verdade, não somente os pobres são desconectados de nossa realidade, se não todo e qualquer que se encontra em situação de risco social que não seja um risco social que nos seja comum em um determinado momento. A racionalização do que entendemos como fim a ser buscado tende a ter como referência apenas aquilo que nossos olhos e anseios enxergam.

Logo, tendo em vista que o presente trabalho aborda justamente o sistema de proteção social, para tornar mais factível a efetivação de direitos de minorias¹⁹, no caso, a de incapacitados e das Pessoas com Deficiências, não será defendida a garantia ilimitada, senão aquela suficiente a garantir a melhoria da condição de vida das pessoas para que haja, em realidade, possibilidade de autorrealização e autodeterminação.

Vale alertar que real sentido da norma, recentemente, quase foi desvirtuado, pois na proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 6), defendia-se que o benefício seria pago em valor de um salário mínimo apenas aos idosos com 70 anos completos²⁰, e a idade seria majorada posteriormente de acordo com as alterações decorrentes da expectativa de vida. Além da nefasta majoração da idade, a proposta ainda previa o pagamento de R\$ 400,00 aos idosos com 60 anos de idade, valor este que seria mantido até que ele complete 70 anos, momento em que, preenchendo os demais requisitos legais, poderia perceber um salário mínimo a título de benefício.

1.1.2 - Os reflexos no sistema de Assistência Social

O sistema de proteção aos benefícios assistenciais certamente é bem mais sensível do que os de benefício previdenciário, pois visa justamente dar o ampa-

18 YOUNG, Jock. *El vértigo de la modernidad tardía*. 1. ed. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012, p. 28.

19 Sidney Madrugá reflete que “Requer-se, portanto, uma nova visão de direitos humanos, um olhar que não o contrado numa concepção tradicional, hegemônica e passiva de direitos humanos, com fulcro, tão somente, na pura dogmática advinda das modernas declarações de direito. Uma concepção crítica de direitos humanos como produtos culturais e processos de luta pela dignidade, capaz de enfrentar distorções e exclusões sociais cada vez mais profundas, gerada em grande parte pelas forças acachapantes de um mercado global a serviço de grandes corporações tradicionais. Enfim, parâmetros mais concretos e realizáveis de direitos humanos, que, sem deixar de lado valores e critérios universalmente aceitos, também levem em conta um enfoque de diálogo intercultural na linguagem dos direitos, cujo escopo esteja centrado na luta real e concreta pela dignidade humana” (MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65).

20 Art. 203, VI – garantia de renda mensal de um salário mínimo para a pessoa com setenta anos de idade ou mais que comprove estar em condição de miserabilidade, que poderá ter valor inferior, variável de forma fásica, nos casos de pessoa idosa com idade inferior a setenta anos, vedada a 12 acumulação com outros benefícios assistenciais e com proventos de aposentadoria, ou pensão por morte dos regimes de previdência social de que tratam os art. 40 e art. 201 ou com proventos de inatividade e pensão por morte decorrentes das atividades de militares de que tratam os art. 42 e art. 142, conforme dispuser a lei.

ro fundamental (fundamental no sentido de indispensável, mínimo sem o qual o ser humano não se realiza, não existe), para que uma pessoa possa existir naquele corpo social, buscar sua autorrealização e, se não for possível deixar, pelo menos ter diminuída sua situação de total marginalização (aqui empregada no sentido de viver à margem) social.

É muito importante, portanto, a visão de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem:

[...] a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade²¹, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas²², ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade)²³.

A Constituição Federal de 1988 foi clara ao garantir prestações assistenciais “a quem dela necessitar”, definindo, ainda, que essa proteção visa assegurar outros bens constitucionalmente garantidos à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice, promovendo, inclusive, sua integração social e no mercado de trabalho, tendo a lei regulamentadora definido, mais uma vez, a realização de políticas garantidoras de necessidades básicas.

A interpretação da expressão constitucional já demonstra o alto grau de vulnerabilidade social dos destinatários das prestações assistenciais, pois todo e qualquer pessoa que venha a necessitar auxílio deverá receber essa especial proteção do Estado, independentemente de ter vertido contribuições para o sistema de proteção social.

Logicamente, o escopo da norma é integrativo, retirar da margem (mesmo que parcialmente) e incluir dentro de um contexto social mais justo e igualitário, porém, devendo garantir apenas e tão somente as necessidades básicas.

O que se entende por “necessidades básicas”?

Há que se ter cuidado, pois já restou defendido no plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos Recursos Extraordinários n. 567.985

21 Para ilustrar e demonstrar na prática a implementação de tais medidas, cita-se por exemplo a Lei n. 12.435/2011, que visa o desenvolvimento da capacidade cognitiva, motora e educacional da pessoa com deficiência que possibilita a realização de habilitação ou reabilitação profissional, bem como o Decreto n. 7.617/2011, que permite a contratação de pessoa com deficiência na condição de aprendiz com percepção de remuneração, por prazo de até 2 (dois) anos, ambas sem a suspensão do benefício assistencial ao portador de deficiência, o que demonstra a manutenção de uma situação (conquista de dignidade) existente e ainda a promoção de novas capacidades.

22 Lei n. 8.742/93, art. 1º. A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9 ed. rev. atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 58.

e 580.963, que o parâmetro seria o dado pelo Banco Mundial, ou seja, miserável seria quem tivesse renda inferior a U\$ 1,00 (um dólar americano) por dia.

Uma coisa é ser considerado miserável, e outra muito diferente é ter ou não atendidas suas necessidades básicas.

Não há, em verdade, como trabalhar o termo “necessidades básicas” dentro de uma visão limitada, hermeticamente fechada, objetiva, pois a necessidade básica de cada um se altera diante da multiplicidade de situações reais que se apresentam na vida das pessoas, seja em decorrência do local (espaço geográfico) em que vivem, seja pela questão cultural que os cerca, o grau de deficiência, enfim, pelas contingências da vida.

Partindo da premissa trazida acima por Ingo Sarlet, o que se deve verificar, na prática, é até que ponto cada um pode realizar, de forma total ou parcial, suas necessidades básicas (“a quem delas necessitar”), sendo que a necessidade básica de cada um será alterada diante das contingências existentes naquele momento.

Uma pessoa com severa deficiência que necessita de medicação, acompanhamento familiar constante, alimentação diferenciada etc., seguramente tem necessidades básicas muito distintas de outra pessoa com deficiência que consegue se comunicar, andar, realizar alguns atos.

Para ilustrar, pensemos na hipótese de uma família composta por cinco membros (casal e três filhos, ambos menores de idade), cujo filho mais novo apresenta problemas decorrentes de falta de oxigenação na hora do parto. O único que desenvolve atividade laborativa na família é o pai da pessoa com deficiência, e sua renda mensal é pouco superior a R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) por mês²⁴. A questão que se coloca é: se esse menor teria ou não direito ao benefício, e, para chegar a essa conclusão, certamente haveria que ser positiva a resposta para o questionamento seguinte:

Há necessidade, por parte do portador de deficiência, de perceber o benefício, ou a renda obtida pelo pai já lhe proporciona as necessidades básicas?

Diante de um olhar inicial, parece que suas necessidades básicas (alimentação, vestuário, moradia etc.) estão supridas pela renda do chefe da família. Assim, a pessoa com deficiência poderia ter realizadas, sem a interferência (aqui entendida no sentido de ajuda) de terceiros, suas necessidades básicas, e, conseqüentemente, não tivesse cumprido o requisito necessário para obtenção de benefício assistencial, pois seu “mínimo existencial”²⁵ restaria garantido pela renda familiar.

24 Atualmente, o salário mínimo está fixado, a partir de 1º de janeiro de 2021, em R\$ 1.100,00 (mil e cem reais).

25 Trabalha-se aqui com o conceito de mínimo existencial trazido por visão de Ingo Wolfgang Sarlet para quem “a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas, ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade)” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da**

Adentrando um pouco mais nas peculiaridades do caso, imaginemos que esse menor com deficiência (e sua deficiência consista em dificuldade de fala e locomoção) tenha a necessidade de acompanhamento fonoaudiólogo e fisioterápico, para que seu quadro de saúde, no mínimo, se mantenha estável, e que o tratamento tenha sido concedido pelo poder público, porém em Município vizinho, distante 70 (setenta) quilômetros da cidade em que reside e que haja um posto de pedágio obrigatório para a realização do trajeto, e que o valor seja de R\$ 9,00 (nove reais) por trecho, sendo que tal deslocamento deva ocorrer duas vezes por semana.

Quais seriam as necessidades básicas para esse menor com deficiência?

Continuaria sendo sua alimentação, vestuário, moradia? O custeio do deslocamento, pagamento de pedágio e certamente da alimentação no dia do deslocamento para a realização do tratamento de saúde podem ser considerados fundamentais para ele, ou seja, contidos no conceito de necessidades básicas?

Dentro da perspectiva colocada em nosso ordenamento jurídico, a resposta tende a ser positiva. Como defendido anteriormente, a dignidade humana, além de direito fundamental, é objetivo fundamental da República, sendo ponto norteador interpretativo.

Quando a Lei Orgânica da Assistência Social (os requisitos serão aprofundados no momento oportuno) declara que a proteção social visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, o amparo às crianças e aos adolescentes carentes, a habilitação e reabilitação das Pessoas com Deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária e ainda a promoção da integração ao mercado de trabalho, e o tratamento proposto lhe proporcione todas essas situações, certamente que tais aspectos se inserem dentro do que se denomina “necessidades básicas”.

Logo, na verificação da renda familiar, deve ser investigado se ela é insuficiente para fazer com que o menor com deficiência possa se deslocar nos dias e horários necessários para ter pelo menos a preservação de sua saúde garantida, bem como reste todo o grupo familiar atendido no que diz respeito ao vestuário, alimentação, moradia, pois, como defendido acima, a dignidade tem como limite mínimo a manutenção do que já existe e a implementação de situações outras que se fazem necessárias.

Vale notar que o benefício poderia proporcionar o tratamento e, com o tratamento, não só fosse mantido seu quadro clínico, como ainda houvesse melhora no sentido de dar à pessoa com deficiência a possibilidade de melhor fala e locomoção, o que, conseqüentemente, levaria à integração da vida comunitária e promoção da integração no mercado de trabalho, situações todas garantidas na legislação em vigor que rege a implementação do benefício assistencial.

Oportuno, ainda, reflexionar que tal pessoa poderia futuramente ingressar no mercado de trabalho como contribuinte do sistema previdenciário, vindo a receber, caso preenchidos os requisitos, um benefício de aposentadoria para pessoa

peessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 9 ed. rev. atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 58).

com deficiência. Uma visão mais restritiva e dissociada da realidade e do alcance do termo dignidade humana levaria a uma negativa de benefício assistencial. Essa negativa fecharia portas importantes e, no futuro, diante das portas um dia fechadas, caberia, apenas, a possibilidade de percepção de um benefício assistencial como resposta do aprisionamento social em que foi colocado anteriormente.

Justamente diante dessa perspectiva é que o Supremo Tribunal Federal, quando dos julgamentos dos Recursos Extraordinários n. 567.985 e 580.963, definiu que não pode haver um requisito objetivo para caracterização da vulnerabilidade social, pelo que a determinação legal então vigente, no sentido de que o benefício somente poderia ser deferido a quem tivesse renda familiar *per capita* em até 1/4 (um quarto) do salário mínimo, não atendia aos ditames constitucionalmente estabelecidos, devendo o magistrado no caso concreto²⁶ fazer a verificação, e, quando observasse a necessidade, determinasse a implementação do benefício.

Em tal sentido também caminhou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao julgar a Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal n. 5044874-22.2013.4.04.7100, com abrangência nacional. Nela se determinou que o Instituto Nacional do Seguro Social deve deduzir do cálculo da renda familiar, para fins de verificação do preenchimento do requisito econômico ao benefício de prestação continuada, as despesas que decorram diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada, com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área da saúde, comprovadamente requeridos e negados pelo Estado²⁷.

Percebe-se, assim, que, no que tange aos benefícios assistenciais, o que deve ficar muito claro, quando da verificação da adequação do fato à norma, é o que efetivamente se constitui como mínimo necessário para possibilitar à pessoa a garantia de sua vida, a prevenção de situações de risco e a redução dos riscos sociais já existentes, sendo que essa cobertura deve atender não só ao beneficiário (desde

26 EMENTA Agravos regimentais em reclamação. Perfil constitucional da reclamação. Ausência dos requisitos. Recursos não providos. 1. Por atribuição constitucional, presta-se a reclamação para preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, inciso I, alínea I, CF/88), bem como para resguardar a correta aplicação de Súmula vinculante (art. 103-A, § 3º, CF/88). 2. A jurisprudência desta Corte desenvolveu parâmetros para a utilização dessa figura jurídica, dentre os quais se destaca a aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF. 3. A definição dos critérios a serem observados para a concessão do benefício assistencial depende de apurado estudo e deve ser verificada de acordo com as reais condições sociais e econômicas de cada candidato à beneficiário, não sendo o critério objetivo de renda per capita o único legítimo para se aferir a condição de miserabilidade. Precedente (Rcl n. 4.374/PE) 4. Agravos regimentais não providos (Rcl 4154 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 19/09/2013, acórdão eletrônico DJE-229 divulg 20/11/2013 public 21/11/2013).

27 Diante da referida decisão, o INSS publicou o Memorando-Circular Conjunto n. 58 em 16 de novembro de 2016, donde a aplicação administrativa da tese firmada é obrigatória na análise administrativa do benefício.

sua concepção até a velhice²⁸) direto mas também a sua família, tendo ainda por finalidade sua integração com a comunidade e a integração no mercado de trabalho.

Contudo, toda a evolução do sistema de proteção social destinada aos que dela necessitam esteve em xeque. O texto apresentado pelo Governo Federal na PEC n. 6/2019 trazia para o texto constitucional um critério muito mais restritivo para obtenção do benefício assistencial ao idoso e ao deficiente.

No referido texto não se verificava mais a proteção aos que se encontram em estado de vulnerabilidade social. O termo inserido na proposta foi “miserabilidade”²⁹. Como defendido desde a primeira edição da presente obra, o benefício assistencial nunca trouxe como requisito a “miserabilidade”. O benefício não é destinado aos que provam estar em estado de extrema pobreza ou de “miserabilidade”.

Ao realizar uma busca do termo no texto da PEC n. 6/2019, encontramos nada menos do que 9 vezes o termo restritivo, o que demonstra de forma clara a tentativa de quebra de paradigma da política de proteção social.

Outro retrocesso seria a inclusão no texto constitucional do valor da renda *per capita*, pois, mesmo após o Supremo Tribunal Federal ter concluído que o requisito de 1/4 do salário mínimo como renda *per capita* não representa um critério que reflita o fim social defendido pelo constituinte originário, o texto da PEC n. 6/2019 constitucionalizava tal requisito³⁰.

Para o constituinte derivado, miserabilidade, até que lei regulamente a questão, deveria ser aferida de forma a observar se o patrimônio familiar é inferior a R\$ 98.000,00 (noventa e oito mil reais).

Observa-se assim que não só se trabalhou com um critério muito mais restritivo como, ainda, com critério objetivo de miserabilidade, como se necessidades humanas pudessem ser determinadas sem a análise de cada caso.

Objetivar a pobreza, a vulnerabilidade, a necessidade do ser humano é não só uma opção infeliz como também desumana!

Felizmente, o texto final aprovado pelo Congresso eliminou tais restrições.

1.1.3 - Os reflexos no sistema de Previdência Social

Não é segredo para os que trafegam nas relações do sistema previdenciário que a solidariedade é um dos fundamentos dele. Como bem advertiu Ingo Sarlet, em trecho anteriormente reproduzido, a consolidação da dignidade humana é tarefa não só dos poderes estatais como de todos os demais.

28 Lei n. 8.742/1993, Art 2º, I, a: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

29 Art. 203. [...] V - garantia de renda mensal, no valor de um salário mínimo, à pessoa com deficiência, previamente submetida à avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, que comprove estar em condição de miserabilidade, vedada a acumulação com outros benefícios assistenciais e previdenciários, conforme disposto em lei;

30 Art. 203, § 1º, I - considera-se condição de miserabilidade a renda mensal integral *per capita* familiar inferior a um quarto do salário mínimo e o patrimônio familiar inferior ao valor definido em lei;

Quando se fala em implementação de políticas voltadas à promoção e à efetivação da dignidade, e sua planificação dentro de certos limites, há que se verificar se os limites são idênticos em todos os casos.

O que nos interessa, no presente estudo, é a verificação dentro do sistema de previdência e de assistência, pois adiante trataremos exclusivamente dos benefícios por incapacidade (previdenciário) e da pessoa com deficiência (assistência).

Dentro dessa ótica, nos cabe verificar e definir os limites mínimos que deverão ser observados para realização e efetivação da dignidade humana no caso concreto, o que foi feito dentro da perspectiva dos benefícios assistenciais.

De plano, parece restar claro que o mínimo a ser verificado em casos de benefícios previdenciários é diverso do que se deve plantear em casos de benefício assistencial. Deve-se, decididamente, garantir também esse mínimo existencial fundamental, porém, muitas vezes, deve o intérprete ir além.

A título de exemplo, a verificação de efetivação de dignidade nos casos de aposentadoria por incapacidade permanente, antigamente denominada aposentadoria por invalidez, após a constatação de impossibilidade de readaptação para atividade que lhe garanta a subsistência³¹, é diversa daquela a ser observada nos casos de benefícios assistenciais à pessoa com deficiência, seja para aferição da deficiência, seja para vulnerabilidade.

A lei de regência, quando fala em impossibilidade de readaptação, traz atrelado outro fator preponderante e muitas vezes esquecido pelos aplicadores do direito. A lei não diz que a pessoa deve estar insuscetível de reabilitação; pura e simplesmente, diz que essa impossibilidade de reabilitação deve ter relação com o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

Não basta, então, a possibilidade de reabilitação. O que deve ser verificado é se há possibilidade para atividade que lhe garanta subsistência.

Claro que, quando há determinação de garantia de subsistência, está se falando em garantia da dignidade humana. E, quando a legislação defende a garantia e efetivação da dignidade humana, está afirmando que determinada pessoa pode ser reabilitada para o exercício de atividade que lhe garanta um salário mínimo?

No tópico próprio, debateremos com mais profundidade os conceitos e requisitos da aposentadoria por incapacidade permanente. No presente momento, nos cabe verificar como deve ser interpretada e efetivada a norma quando fala em dignidade humana.

Pensamos que somente garantir o mínimo existencial fundamental nos casos de reabilitação profissional não é o bastante. Não em todos os casos. Há quem ganhe apenas um salário mínimo, porém há quem tenha atividade laborativa que, mesmo não demandando maiores conhecimentos técnicos, seja em decorrência

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

do conhecimento adquirido ao longo dos anos, seja pela regra de mercado em determinado momento e local, gera significativa renda mensal ao trabalhador.

Logo, reabilitar um trabalhador que tenha renda mensal média de 6 (seis) salários para uma atividade que lhe proporcionará ganhos inferiores estaria contrariando a determinação legal de garantia de subsistência, ainda mais dentro de uma visão de efetivação de dignidade humana.

Daniel Pulino esclarece que a:

[...] contributividade que marca o regime jurídico-previdenciário, induz, quase irresistivelmente, a que as prestações deste setor devam, tanto quanto possível (i. é, dentro de certos limites financeiros de cobertura e na medida em que a solidariedade social o permitam), refletir o valor dos ganhos que deram base para o cálculo da contribuição do próprio trabalhador³².

Continua o autor lecionando que:

[...] dentro do limite de cobertura do sistema e de acordo com a vida contributiva do Segurado, a supressão ou drástica redução de rendas que lhe seja imposta pela invalidez devem ser cobertas pela previdência social porque expressam, legitimamente, os bens necessários à subsistência do sujeito e seus dependentes³³.

O raciocínio do autor é muito lógico e traz justamente a raiz do conceito de dignidade dentro da perspectiva de autonomia e autodeterminação kantiana, pois, se o indivíduo passa a ser caracterizado como racionalizador, conformador de si próprio e de sua vida segundo seu projeto espiritual³⁴, e ainda da visão de que deve ser mantido o que já existe, não há como defender existência de dignidade quando se envia um trabalhador para reabilitação profissional que lhe acarretará percepção de renda inferior ao que percebe até o momento do aparecimento da situação de risco.

Como se percebe, há clara diferença na aplicação do instituto em estudo quando se está diante de situação previdenciária ou assistencial.

A interpretação aqui defendida ganha ainda mais relevo atualmente, sobretudo nos casos de aposentadoria por incapacidade permanente não decorrente de acidente do trabalho ou a ele equiparado, que sofreu severa redução na forma de cálculo da renda mensal inicial.

Ultrapassado esse primeiro e pertinente debate, faz-se necessária a verificação dos princípios previdenciários e sua aplicação aos benefícios por incapacidade e deficiência.

32 PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001, p. 117.

33 PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001, p. 117.

34 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 219.

DA DEFICIÊNCIA E DA INCAPACIDADE

2.1 - PONTO DE PARTIDA: DA DIFERENÇA ENTRE DEFICIÊNCIA E INCAPACIDADE

Necessário se faz, desde logo, estabelecer os conceitos de deficiência e de incapacidade, bem como definir seus pontos em comum e suas divergências, tudo no sentido de evitar erros de enquadramento.

Não raramente se denotam decisões judiciais que demonstram a existência de erro de interpretação do operador do direito que pleiteia um benefício previdenciário por incapacidade quando, na verdade, o jurisdicionado apresenta quadro de deficiência e não de incapacidade.

Certamente, nos dias atuais, tanto a Pessoa com Deficiência como o Incapaz estão dentro do aspecto de proteção social, porém cada um deles apresenta um tipo de cobertura específica. Antes de adentrar no estudo detalhado da deficiência e da incapacidade, de forma superficial se pode verificar que a incapacidade gera impossibilidade parcial ou total de execução de tarefas ligadas à atividade laboral, enquanto a deficiência determina alguma situação de barreira que impeça a pessoa de atuar em igualdade de condições com os demais, porém não traz incapacidade para a realização de tarefas ligadas ao desempenho de labor, tanto que, atualmente, temos a aposentadoria especial para a pessoa com deficiência regulamentada pela Lei Complementar n. 142/2013.

Cumprido, porém, realizar estudo detalhado de cada uma dessas condições, inclusive trazendo a evolução histórica dos institutos.

2.1.1 - Da deficiência

A Convenção das Pessoas com Deficiência é fundamental para o estudo da matéria e, certamente, para entender o sistema de proteção social dessa minoria, que, segundo dados oficiais, é a maior do mundo³⁵. Tal instrumento traz uma

35 “Necessário se faz ainda alertar que, segundo a ONU, algo em torno de 10% (dez por cento) da população mundial, aproximadamente 650 (seiscentos e cinquenta) milhões de pessoas, vivem

série estruturada de instrumentos voltados não só a garantir como incrementar políticas de retomada de liberdades individuais e foi considerado revolucionário, pois apresentou uma série de inovações, a começar pelo entendimento do conceito de deficiência como algo em constante evolução.

2.1.1.1 - Dos aspectos introdutórios

Para Rezek³⁶, quando da elaboração do estatuto direcionado para resolução de conflitos entre os Estados (países), surgiu a necessidade de verificação do direito a ser aplicado no caso concreto, caso houvesse disputa daquilo que se denominou “jurisdição remanescente”, e, para aparar tal aresta, nasceu o rol de normas internacionais, nele constando “os tratados³⁷, os costumes e os princípios gerais do direito. Fez referência à jurisprudência e à doutrina como meios auxiliares na determinação de regras jurídicas, e facultou, sob certas condições o emprego da equidade”³⁸.

Para o presente estudo, não cabem maiores digressões sobre os demais itens do mencionado rol, cabendo, exclusivamente, delinear a natureza e os efeitos do “Tratado Internacional”.

A importância do Tratado Internacional no presente trabalho se dá na medida em que o referido instrumento recebeu uma carga diferenciada e de grande importância no mundo jurídico brasileiro, principalmente após a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, e, ainda, ao fato de que, como dito acima, o campo de proteção à pessoa com deficiência está fundamentado em uma norma internacional.

A citada emenda trouxe várias modificações ao texto constitucional, em especial a incorporação de um novo parágrafo ao artigo 5º, no caso, o § 3º, determinando que “*tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”³⁹.

com deficiência estando 80% (oitenta por cento) dessas pessoas em países em desenvolvimento, sendo, portanto, a maior minoria do mundo. No Brasil, índice segue a média mundial, estando atualmente um pouco acima dela, pois “segundo o IBGE, existem no País 24,6 milhões de pessoas com deficiência, deste total, 1,9 milhão são crianças e adolescentes” (BITTENCOURT, André Luiz Moro. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e suas consequências*. **Unisul de Fato e de Direito**, 2014, p. 117-137).

36 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

37 Segundo Francisco Rezek, “o uso constante a que se entregou o legislador brasileiro – a começar pelo constituinte – da fórmula *tratados e convenções*, induz o leitor à ideia de que os dois termos se prestem a designar coisas diversas” (REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39).

38 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

39 Art. 5º, § 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Certamente, a referida alteração traz consigo grande reflexo, visto que normas supranacionais passaram a ter relevante papel em nosso ordenamento jurídico interno. Não se trata de internalizar uma norma qualquer, e sim a possibilidade de trazê-la com *status* de norma constitucional.

Mais importância ainda têm os tratados internacionais e a forma de recepção pelo ordenamento jurídico nacional, sobretudo na esfera previdenciária e assistencial, quando se constata que a primeira convenção⁴⁰ internacional a passar pelo processo atinente ao de uma Emenda Constitucional foi justamente a “Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”, proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em 9 de dezembro de 1975.

Após sua proclamação, em 1975, o instrumento de ratificação⁴¹ dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas foi depositado pelo governo brasileiro em 1o de agosto de 2008, e, por intermédio do Decreto Legislativo n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, passou a figurar em nosso ordenamento jurídico interno, com caráter de norma constitucional.

2.1.1.2 - Da configuração da deficiência segundo a convenção: aspectos iniciais

A convenção acaba por reconhecer que a deficiência é um processo em evolução, mas que, contudo, deve ser sempre observado não apenas investigando o sujeito em si, mas, sobretudo, contextualizando o meio em que a pessoa com deficiência está inserida. Define que “a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”⁴².

Não se pode perder de vista que, para o presente estudo, há que se levar em consideração a deficiência para fins de proteção em sistema de seguridade social. Logo, deve-se partir do pressuposto de que ele está colocado dentro da Constituição pátria como direito social e mais, dentro dos direitos tidos pelo estado brasileiro, na visão de Sarlet⁴³, não só como um direito fundamental, mas, certamente, como um daqueles direitos denominados “direitos humanos”.

40 As expressões serão utilizadas como sinônimas no presente trabalho.

41 “Ratificação é o ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”. (REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74).

42 Alínea “e” do Preâmbulo do Decreto Legislativo n. 6.949/2009.

43 “De acordo com o critério aqui adotado, o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 261).

Além de definir a configuração da deficiência e em que termos ela tem que ser investigada, a convenção também trouxe outro elemento indispensável e que terá total influência para delimitação do tema, o conceito. Para Fonseca:

*[...] o próprio conceito de pessoa com deficiência incorporado pela Convenção, com a participação direta de pessoas com deficiência levadas por Organizações Não Governamentais de todo o mundo, carrega forte relevância jurídica porque incorpora na tipificação das deficiências, além dos aspectos físicos, sensoriais, intelectuais e mentais, a conjuntura social e cultural em que o cidadão com deficiência está inserido*⁴⁴.

Conforme determinado pela Convenção, em seu artigo 1º, Pessoas com Deficiência “são aquelas que têm impedimentos de, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”⁴⁵.

Resta patente que a verificação da existência de deficiência leva em conta impedimentos não só físicos como também sensoriais e intelectuais, sendo que deve existir uma relação entre os impedimentos e o meio ambiente que lhe cerca, e a referência ao meio ambiente deve levar em consideração uma série de fatores, não podendo deixar de lado a determinação do item “e” do preâmbulo da convenção que reconhece que o conceito trazido está em constante evolução, advertindo ainda “que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”⁴⁶.

Há que se destacar, ainda, que, para Madruga (2013), “tampouco deficiência traz alguma sinonímia com doença e não é expressão antônima de eficiência (que tem o seu contrário em eficiência). Deficiência significa falha, falta, carência, isto é, a pessoa carece, tem limitadas determinadas faculdades físicas (v.g., funcionamento intelectual inferior à média) e sensoriais (v.g., surdez)”⁴⁷.

Como se percebe, em momento algum o conceito de deficiência trazido pela Convenção faz utilização do termo “incapacidade” ou, ainda, relação com atividade laborativa⁴⁸. Percebe-se, desde logo, que o fato de determinada pessoa apresentar uma deficiência

44 FONSECA, R. T. A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. In: SAVARIS, J. A. **Curso de perícia judicial previdenciária**. Curitiba: Alteridade, 2014.

45 BR IL. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.

46 BRASIL. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.

47 MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

48 Em recente decisão, a Turma Nacional de Uniformização alterou o teor da Súmula 48, justamente para tentar acabar com a confusão entre os requisitos “deficiência x incapacidade”. A Súmula tem

não quer dizer, por si só, que esteja incapaz para a realização de atividade habitual, que esteja insuscetível para a reabilitação ou, ainda, que tenha uma incapacidade total, permanente ou de difícil recuperação, para o trabalho.

Não se pode deslembrar, ainda, que não se pode levar em consideração apenas a falha, a carência etc.; deve-se também relacionar tais circunstâncias diante da dificuldade ou não de relacionamento social, profissional e familiar.

A convenção, no entanto, ao trazer o que seria deficiência, estaria trazendo um conceito de que ordem? Seria um conceito com *status* constitucional?

Tal conceito poderia ser utilizado apenas para delinear a deficiência, sendo assim conceito exclusivo para a esfera dos benefícios assistenciais ou previdenciários que envolvem apenas a pessoa com deficiência ou poderia ainda ser usado para definir incapacidade?

Todas essas questões e tantas outras somente poderão ser respondidas após a realização de estudo que envolve o conceito de tratado, passando pela força das normas constitucionais e certamente os direitos e garantias sociais estampados pela Constituição da República Federativa do Brasil, sobretudo na esfera previdenciária e assistencial.

Antes de chegar a alguma conclusão, necessária ainda será a verificação de como a doutrina e a jurisprudência pátria vêm entendendo o instituto, bem como a investigação do direcionamento que o legislador tem conferido à matéria, ainda mais no atual cenário, quando acaba de ser promulgada a Lei Complementar n. 142 que regulamenta o § 1º do artigo 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social.

Todas essas situações serão mais bem desenvolvidas nos capítulos que se seguirão. Desde logo, estão convidados os leitores para, juntamente como o autor, viajar sobre o interessante e importante tema.

2.1.1.3 - Do conceito, extensão e alcance dos tratados e convenções internacionais

Em decorrência da Convenção de Havana⁴⁹, de 1928, e da Convenção de Viena, de 1969, é da natureza do instrumento convencional ser escrito, o que

a seguinte redação: “Para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada, o conceito de pessoa com deficiência, que não se confunde necessariamente com situação de incapacidade laborativa, é imprescindível a configuração de impedimento de longo prazo com duração mínima de 2 (dois) anos, a ser aferido no caso concreto, desde a data do início sua caracterização” (alterada na sessão de 21/11/2018).

49 Art. 2º **É condição essencial nos tratados a forma escrita. A confirmação, prorrogação, renovação ou recondução serão igualmente feitas por escrito, salvo estipulação em contrário.** Assinada em Havana (VI Conferência Interamericana) a 20 de fevereiro de 1929. Sancionada pelo Decreto n. 5.647, de 8 de janeiro de 1929. Ratificada a 30 de julho de 1929 e promulgada pelo Decreto n. 18.596, de 22 de outubro de 1929 (DO de 12 de dezembro do mesmo ano) (EBAH. **Convenção de Havana sobre tratados**. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAABfxAAJ/convencao-havana-sobre-tratados>. Acesso em: 1º jul. 2013).