

# Da fungibilidade entre os benefícios previdenciários por incapacidade (inclusive auxílio-acidente) e sua tutela jurisdicional



## Fernando Henrique Corrêa Custodio

Juiz Federal substituto da 4ª Vara-Gabinete do Juizado Especial Federal da Capital/SP. Mestrando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo.

### 1. Plano da obra.

Presente trabalho tem por escopo estudar os benefícios previdenciários<sup>1</sup> por incapacidade – aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, conforme entendimento doutrinário dominante – dentro da ótica da Previdência Social,<sup>2</sup> entendida como

um plexo de direitos humanos fundamentais, de segunda geração (art. 6º), garantidos pela Constituição Federal em capítulo próprio (arts. 201 e 202), fundados no pilar constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e com vistas à construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I) e do bem de todos (art. 3º, IV).

Em assim sendo, e para a extração de sua máxima efetividade e aplicabilidade prática (art. 5º, §§ 1º e 2º, da CF), demonstraremos a existência do caráter de *fungibilidade entre os benefícios por incapacidade, inovando ao englobar, neste rol, o benefício de auxílio-acidente de qualquer natureza*, ontologicamente ligado aos dois primeiros supramencionados em razão da *contingência social comum* (incapacidade laboral) *causada pelos eventos sociais deflagradores*.

Ao final, analisaremos as consequências de tal característica na produção das tutelas jurisdicionais quando da resolução dos conflitos apresentados perante o Poder Judiciário.

1 Neste trabalho nos limitaremos a estudar os benefícios de natureza *previdenciária*, ou seja, cujos eventos sociais deflagradores *não guardam relação com o trabalho desempenhado pelo sujeito de direitos*, notadamente em razão da competência para o processo e julgamento da respectiva ação judicial, qual seja, da Justiça Federal, em contraponto à competência da Justiça Estadual no tocante aos benefícios ditos “*acidentários*” (art. 109, I, da CF).

2 Também nos limitaremos, dentro do plano da obra, a estudar a Previdência Social dentro de seu *regime público comum mais conhecido*, qual seja, o *regime geral de previdência social, de caráter obrigatório*, objeto de disciplina constitucional nos arts. 201 e 202. Ficarão de fora, portanto, os regimes públicos de previdência social, também comuns e obrigatórios (art. 40 da CF), bem como os regimes especiais de previdência social, quais sejam, os complementares, de caráter privado e facultativo (art. 202 da CF).

## 2. Evolução histórica dos direitos humanos – as três gerações.

O ponto de partida metodológico do presente estudo diz respeito à inserção histórica do direito à Previdência Social dentre os chamados “direitos de segunda geração”, em uma clara e direta alusão aos três pilares da Revolução Francesa – *liberté* (direitos civis e políticos – 1ª geração), *égalité* (direitos sociais, econômicos e culturais – 2ª geração) e *fraternité* (direitos de solidariedade ou fraternidade – 3ª geração).<sup>3</sup>



Não obstante, a sistematização de tais direitos tanto nas ordens constitucionais internas quanto no Direito Internacional Público – mais especificamente dentro dos chamados “direitos humanos” – ocorreu de forma paulatina.

Primeiramente, foram sendo garantidos os direitos civis e políticos, como proteções concebidas a cada cidadão frente ao Estado, cujos poderes passaram a ser limitados (chamados por J.J. Gomes Canotilho como “direitos de defesa”).<sup>4</sup>

3 Assim afirma Alexandre de Moraes: “Como conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ‘a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, complementarmente o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*’”. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32)

4 “Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho, ‘a função de *direitos de defesa dos cidadãos* sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano

Tais direitos surgem historicamente em textos que datam desde a Carta Magna de 1215, de autoria do Rei Inglês João I (“João sem terra”) e aparecem de forma eloquente desde a Declaração da Independência dos Estados Unidos (1776) e na própria Revolução Francesa (1789), como ideais típicos da então burguesia ascendente.

Apenas um século e meio depois, passa-se a buscar a garantia dos *direitos* econômicos, *sociais* e culturais, como direitos não mais de índole individualista, mas sim de caráter nitidamente *coletivo*, como garantia de um *mínimo existencial digno a se estender em favor da coletividade*.

Historicamente, apenas com o advento da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, de 1948, é que se passa a ter um conjunto consistente de garantias voltadas à proteção de tais direitos,<sup>5</sup> não obstante as

jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30, destaques nossos)

5 “A *Declaração Universal dos Direitos do Homem* contém trinta artigos, precedidos de um Preâmbulo com *sete considerandos* (...) Os trinta artigos reconhecem os direitos fundamentais do homem. Do art. 1º ao art. 21 encontramos a proclamação dos tradicionalmente chamados *direitos e garantias individuais*, certamente impregnados de conotações mais modernas (...) Do art. 22 até o art. 28, o documento consubstancia os *direitos sociais do homem*, assim: direito à segurança social e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade; direito ao trabalho, à escolha do trabalho, a condições satisfatórias de trabalho e proteção contra o desemprego, a salário condigno, à liberdade sindical; direito à limitação razoável da duração do trabalho, a férias, a descanso remunerado e ao lazer; *direito à previdência e seguro social no caso de desemprego, enfermidade, invalidez, viuvez, velhice etc.*; direito à educação, à instrução técnica e profissional, e à cultura; direito a uma ordem social e internacional em que os direitos fundamentais sejam

Constituições do México, de 1917, e a alemã da então República de Weimar, de 1919, já tratassem da garantia de um rol de direitos ditos “sociais”.

Veja, portanto, que a *previsão sistemática* e a existência de um conjunto de garantias aos *direitos* econômicos, sociais e culturais representa *fenômeno bastante recente na história do homem*, datado da *primeira metade do século XX*.

Por fim, surgem os chamados “*direitos de terceira geração*”, ou transgeracionais, como atualidade ainda em formação e afirmação, dos quais são exemplos o:

(...) direito a um *meio ambiente equilibrado*, a uma *saudável qualidade de vida*, ao *progresso*, à *paz*, à *autodeterminação dos povos* e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de *grupos menos determinados de pessoas*, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.<sup>6</sup> (destaques nossos)

### 3. Dos direitos sociais – conceito, abrangência (planos internacional e interno) e eficácia.

Diz-se que os direitos econômicos, sociais e culturais decorrem historicamente de uma *visão socialista do mundo*, com primazia da busca da *igualdade* entre as pessoas, em contraste com os direitos civis e políticos, de caráter eminentemente individualista, fruto da visão e das convicções liberais (primazia da liberdade).

Por isso mesmo, surgiram nos primeiros textos internacionais como uma conquista creditada aos soviéticos, em uma tentativa de se equilibrar sua concepção de mundo (cole-

tiva) com a dos americanos, eminentemente liberal e individualista.

E, diversamente dos direitos civis e políticos, que correspondem a direitos e garantias dos cidadãos em contraposição ao Estado, impondo-lhe vedações e impedimentos na extensão e exercício de seus poderes (liberdades públicas; imposição de um não fazer ao Estado), os direitos econômicos, sociais e culturais possuem nítido caráter “positivo”, ou seja, de imposição ao Estado para que *atue em favor de certos direitos e garantias mínimas em prol de todo e qualquer cidadão* (imposição de um fazer ao Estado).

Ademais, enquanto aqueles se voltam à garantia da liberdade dos cidadãos em sua atuação na sociedade, estes possuem por escopo a garantia de um padrão mínimo de vida em favor de todos.<sup>7</sup>

Também não se pode olvidar que a conquista de tais direitos e garantias foi fruto histórico de longa e árdua *luta dos trabalhadores* ao redor do mundo, cujas condições de trabalho e de remuneração eram péssimas, culminando em uma série de revoltas e greves em prol da fixação de um rol mínimo de direitos e garantias em seu favor<sup>8</sup> – destina-

7 “Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são *prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente*, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a *igualização de situações sociais desiguais*. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 286-287, destaques nossos)

8 “Todos esses fundamentos foram sendo superados pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, que deram nascimento a novas relações objetivas com o *desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado amplo sujeito ao domínio da burguesia capitalista*. Essas novas condições materiais da sociedade teriam que fundamentar a origem de outros direitos fundamentais – *os direitos econômicos e sociais* – e concomitantemente a transformação do conteúdo dos que serviam à burguesia em sua luta contra o absolutismo. Daí também

plenamente efetivos”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 163-164, destaques nossos)

6 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 31-32.

tários por excelência dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Quanto à sua *abrangência* – a partir de agora, em um enfoque restrito aos “*direitos sociais*”, como objeto de estudo deste trabalho –, é certo que possui alguma variação a depender da ordem constitucional instituída.

Não obstante, e no *plano internacional*, confira-se esclarecedor trecho da obra do Professor *Alexandre de Moraes*:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas, em Assembléia Geral, consagra em seu art. XXII, que “todo homem, como membro da sociedade, tem direito à *segurança social* e à *realização*, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos *direitos econômicos, sociais* e culturais *indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade*”.<sup>9</sup> (destaques nossos)

Ainda no plano internacional, com o advento do “Pacto Internacional dos *Direitos Econômicos, Sociais* e *Culturais*” – tratado internacional formulado e assinado em sede

---

sobreviriam *novas doutrinas sociais*, postulando a *transformação da sociedade no sentido da realização ampla e concreta desses direitos*. Essas novas fontes de inspiração dos direitos fundamentais são: (1) o *Manifesto Comunista e as doutrinas marxistas*, com sua crítica ao capitalismo burguês e ao sentido puramente formal dos direitos do homem proclamados no século XVIII, postulando *liberdade e igualdade materiais* num regime socialista; (2) a *doutrina social da Igreja*, a partir do Papa Leão XIII, que teve especialmente o sentido de fundamentar uma ordem mais justa, mas ainda dentro do regime capitalista, evoluindo, no entanto, mais recentemente, para uma Igreja dos pobres que aceita os postulados sociais marxistas; (3) o *intervencionismo estatal*, que reconhece que o Estado deve atuar no meio econômico e social, a fim de cumprir uma missão protetora das classes menos favorecidas, mediante prestações positivas, o que é ainda manter-se no campo capitalista com sua inerente ideologia de desigualdades, injustiças e até crueldades”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 174-175, destaques nossos)

9 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 195.

da Organização das Nações Unidas em 1966 e internalizado em nosso país por meio do Decreto nº 591/1992 – passou-se a prever um extenso rol de direitos, dando-se *concretude* a tais direitos humanos fundamentais.<sup>10</sup>

Ou, nas palavras da Professora *Flávia Piovesan*:

Enuncia o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais um *extenso catálogo de direitos*, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a associar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, o *direito à previdência social*, o direito à saúde e o direito à participação na vida cultural da comunidade.

Enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados. Enquanto o primeiro Pacto determina que “*todos têm direito a...*” ou “*ninguém poderá...*”, o segundo Pacto usa a fórmula “*os Estados-partes reconhecem o direito de cada um a...*”.<sup>11</sup> (destaques nossos)

Já no *plano constitucional interno*, a *abrangência* do conceito da expressão “*direitos sociais*” encontra eco no artigo 6º da Constituição Federal, basicamente retomando os direitos consagrados no plano internacional.<sup>12</sup>

10 Vide artigos 6º a 15 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>.

11 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 174-175.

12 “Os direitos sociais enumerados *exemplificativamente* neste capítulo não esgotam os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, que se encontram também difusamente previstos na própria Constituição Federal. (...)”

*A Constituição Federal proclama serem direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (CF, art. 6º)*.<sup>12</sup> (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed.

Por fim, e no concernente à *eficácia* dos direitos sociais em termos de *exigibilidade e aplicabilidade*, comungamos da preocupação da Professora *Flávia Piovesan* ao afirmar que, em razão de seu nítido caráter gradual e progressivo, de implementação de uma rede de proteção mínima, a demandar certo tempo para a sua concretização, acabaria por ter relativizada sua eficácia:

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada auto-aplicabilidade –, os *direitos sociais, econômicos e culturais*, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar medidas econômicas e técnicas, isoladamente e por meio da assistência e cooperação internacionais, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização dos direitos previstos pelo Pacto (art. 2º, § 1º, do Pacto). (...)

Isto é, enquanto os direitos civis e políticos são auto-aplicáveis, *na concepção do Pacto os direitos sociais, econômicos e culturais são programáticos*. São direitos que demandam aplicação progressiva, já que não podem ser implementados sem que exista um mínimo de recursos econômicos disponível, um mínimo *standard* técnico-econômico, um mínimo de cooperação econômica internacional; especialmente, não podem ser implementados sem que representem efetivamente uma prioridade na agenda política nacional.<sup>13</sup> (destaques nossos)

Porém, dentro da Ordem Constitucional brasileira *tal relativização não tem razão de ser* uma vez que, tratando-se os direitos so-

ciais de *direitos humanos fundamentais*, de segunda geração, a eles se aplica o disposto no *artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal*, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação imediata*”.<sup>14</sup>

Nesse ponto, deve ser salientado que o artigo 6º da Constituição Federal, que trata dos direitos sociais, encontra-se topicamente inserido no Capítulo II, do Título II, da Constituição Federal, que trata “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”, logo, não restando dúvidas quanto à sua inserção como direitos humanos fundamentais, seja em razão da origem histórica internacional já demonstrada (interpretação histórica), seja em razão de sua localização na Lei Maior (interpretação topográfica).

A própria Professora *Flávia Piovesan*, seguindo em sua explanação, afirma que também no *plano internacional* os direitos sociais possuem carga de efetividade – como não poderia deixar de ser, em se tratando de tratado internacional – razão pela qual não pode haver dúvidas em termos de consagração dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais:

(...) o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados de reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados. Como afirma o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Se a plena realização de relevantes direitos pode ser alcançada progressivamente, *medidas nesta direção devem ser adotadas em um razoavelmente curto período de tempo*, após

São Paulo: Atlas, 2008, p. 195, destaques nossos)

13 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 175-176.

14 “A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: *subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção*, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, consequentemente, inviabilize seu exercício”. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 194, destaques nossos)

*o Pacto entrar em vigor em relação a determinado Estado. Estas medidas devem ser deliberadas e concretamente alcançáveis, da forma mais clara possível, no sentido de conferir cumprimento às obrigações reconhecidas no Pacto*.<sup>15</sup> (destaques nossos)

Não se está, pois, perante uma mera carta de intenções, mas sim diante de um tratado internacional com força cogente, logo, a obrigar os Estados-membros à sua implementação, sob pena de adoção de sanções.

Tal orientação, ademais, encontra-se consentânea com as modernas noções constitucionais da *máxima efetividade* das normas constitucionais veiculadoras de direitos e garantias fundamentais<sup>16</sup> – de que o artigo 5º, § 1º, é exemplo eloquente – e da *vedação do retrocesso* em termos de implementação dos direitos humanos fundamentais, conferindo-se, a propósito:

*Da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos*.<sup>17</sup> (destaques nossos)

Não obstante, do conflito entre o caráter cogente do rol de direitos sociais e de

sua implementação gradual e progressiva, surgem, no Direito Constitucional, as atuais e inesgotáveis disputas traçadas dentro dos temas do “*ativismo judicial*”<sup>18</sup> e da chamada “*reserva do possível*”,<sup>19</sup> os quais fogem dos objetivos do presente estudo e, portanto, não serão analisados.

De qualquer forma, a efetivação dos direitos ditos de “segunda geração” representa um dos maiores desafios atuais do Direito, seja na ordem jurídica internacional, seja no âmbito dos ordenamentos jurídicos pátrios.

Outra consequência do reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, agora no *plano interno*, é o necessário caráter meramente *exemplificativo* do rol de direitos arrolados pelo artigo 6º da Constituição Federal, uma vez que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem outros* decorrentes do *regime* e dos *princípios* por ela adotados, ou dos *tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º, da CF).

18 Trata-se da questão atinente ao *poder (ou não) do Judiciário de fazer valer*, em casos concretos, por meio de tutelas jurisdicionais, as *normas constitucionais veiculadoras de políticas públicas*, que nada mais representam do que expressão dos direitos humanos fundamentais de índole social. Sobre o tema *vide*: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180-181.

19 Diz respeito ao *alcance da implementação destas políticas públicas ao longo do tempo*, levando em conta *variáveis econômicas*, notadamente a *limitação de recursos do Estado para a implementação dos direitos e garantias constitucionais*. É tese comumente utilizada pela Administração Pública em sua defesa judicial nas ações que busquem a implementação de políticas públicas, não obstante a Constituição Federal preveja remédio especial específico exatamente contra a inércia estatal: trata-se do *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI, da CF), cabível “sempre que a *falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais* e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Não obstante a clareza e alcance do instrumento processual garantido pela Constituição, o fato é que o mesmo ainda não conta com o elevado prestígio de nosso Supremo Tribunal Federal, evidenciando a constante e insuperável tensão entre a efetividade dos direitos humanos fundamentais sociais e o seu caráter positivo, de realização progressiva no tempo. Sobre o tema *vide*: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 451-453.

15 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178.

16 Trata-se de *moderna técnica de hermenêutica constitucional* pela qual deve se extrair o *máximo de conteúdo possível em termos de abrangência e aplicação das normas constitucionais*, em razão de sua posição central e inaugural em todo e qualquer ordenamento jurídico vigente.

17 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178-179.

#### 4. Da previdência social como um conjunto de direitos humanos fundamentais de segunda geração (direitos sociais) voltados à proteção dos chamados riscos sociais.

Em termos históricos, já vimos que o surgimento dos direitos ditos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais) foi fruto conquistado após diversas revoltas e manifestações do *proletariado* ao redor do mundo contra a exploração da sua mão de obra.<sup>20</sup>

Por isso mesmo envolvem, em sua grande maioria, direitos relacionados ao meio ambiente do trabalho, remuneração e jornada de trabalho e direito de participação e manifestação no trabalho.

Claro que não poderiam deixar de assegurar, também, um mínimo de proteção do trabalhador, pelo Estado, em face de acidentes que impossibilitassem a realização do trabalho e a própria garantia da aposentadoria, daí por que restou previsto, desde o início, o *direito à previdência social*.

E é aqui que surge o sistema de Previdência Social, historicamente concebido, em seu início, como uma espécie de *seguro em pecúnia* para o indivíduo que se colocava em situação de *risco no trabalho*, a ser pago

quando da efetiva ocorrência do evento ao qual estava exposto,<sup>21</sup> evoluindo ao longo dos séculos XIX e XX para um conceito bastante amplo e abrangente, a abarcar diversas situações de risco social e um amplo universo de pessoas, até culminar no conceito de “*Seguridade Social*”, típico do chamado Welfare State (“Estado de Bem Estar Social”, como ideal comum no pós Segunda Guerra Mundial):

Antes de tudo, deve-se deixar claro o que se entende, de forma sintética, por *Welfare State*. Nesse modelo, o *Estado*

*intervém de forma contundente*, sobrepondo-se à iniciativa privada, a fim de promover o bem-estar de toda a coletividade. Confinde-se com a figura do Estado-fiscalista, guardião da sociedade. No entanto, mesmo dando ênfase aos programas sociais, esse Estado não abandona o modo de produção capitalista, centrado na propriedade privada. O que se busca no caso é um meio-termo entre os anseios da classe trabalhadora e a preservação do capitalismo.

Outrossim, para sobreviver, o Estado do bem-estar social é essencialmente fiscal. Aliás, é por meio da tributação que haverá possibilidade da promoção das melhorias sociais. Exatamente em face da com-



20 “Como ressaltam Canotilho e Vital Moreira, ‘a individualização de uma categoria de *direitos e garantias dos trabalhadores*, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos *direitos, liberdades e garantias* como direitos do *homem* ou do *cidadão* genéricos e abstractos, fazendo intervir também o *trabalhador* (exactamente: o *trabalhador subordinado*) como titular de direitos de igual dignidade’”. (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 193, destaques nossos)

21 “Com a Revolução Francesa em 1789 surge a primeira idéia concreta de seguridade social. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, dizendo que a sociedade dará assistência aos cidadãos doentes enquanto à procura de trabalho ou enquanto não estiverem em condições de trabalho. As idéias liberais da época não permitiram a expansão dessa proteção social, por entenderem que o Estado não deveria intervir no indivíduo. A Igreja e a própria evolução do homem levam, finalmente, à idéia de que o Estado somente se justifica se voltado para o bem comum de seus integrantes. *Em concreto, essa situação passa a ocorrer em 1883 na Alemanha, com Bismarck, com a criação do seguro-doença, instituição que se espalhou pelas demais nações.*” (PICELI, Eros. *Direito previdenciário e infortunística*. São Paulo: CPC Livraria, 2005, p. 12-13, destaques nossos)

pulsoriedade da solidariedade criada nesse Estado, ele angariou o desprezo das classes empresariais. E, por outro lado, havendo aumento na demanda das necessidades sociais, que não puderam ser devidamente cumpridas pelo Estado, este passou a enfrentar, nos últimos tempos, problemas também com os trabalhadores”.<sup>22</sup> (destaques nossos)

Nesse diapasão, deve ficar claro desde já que o *conceito de Seguridade Social é mais amplo do que o de Previdência Social*.

Ou seja: evoluiu-se historicamente de um conceito restrito de previdência como seguro em pecúnia, voltado unicamente aos trabalhadores, para um conceito largo e amplo de seguridade social, a abarcar diversas situações de vulnerabilidade social, garantindo extenso rol de prestações em favor de ampla gama de beneficiários.

Assim é que a *Seguridade Social*<sup>23</sup> (arts. 194 e 195 da CF) engloba três grandes grupos de direitos humanos igualmente fundamentais, a saber: i) a saúde (arts. 196 a 200 da CF); ii) a *previdência social* (arts. 201 e 202 da CF); iii) a *assistência social* (arts. 203 e 204 da CF).

Um conceito bastante interessante de Seguridade Social nos é dado pelo Professor *Fábio Zambitte Ibrahim*:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de

pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão *mínimo de vida digna*.<sup>24</sup> (destaques nossos)

Veja o conceito trazido por *Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior*:

O sistema de seguridade social, em seu conjunto, visa a *garantir que o cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de toda sua existência, tendo por fundamento a solidariedade humana*. A seguridade social é, em última análise, um *instrumento através do qual se pretendem alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da Constituição*, quais sejam: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos”.<sup>25</sup> (destaques nossos)

No *plano constitucional interno*, a primeira previsão de um ainda incipiente sistema de Previdência Social surgiu em 1937, sendo que ao longo das constituições posteriores foi ganhando corpo até desembocar no amplo sistema concebido pela Ordem Constitucional de 1988 – sem dúvida, um dos sistemas mais completos e abrangentes já engendrados no mundo – previsto no Capítulo II do Título VIII da Lei Maior (arts. 194 a 204 da CF).

É o próprio legislador constituinte quem apresenta um conceito de Seguridade Social no *caput* do artigo 194, a saber:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relati-

22 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29.

23 “O direito da *seguridade social* deve ser entendido como o ramo do direito que se ocupa da análise do *conjunto de normas jurídicas concernentes à saúde, à assistência e à Previdência Social*”. (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36, destaques nossos)

24 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 5.

25 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

vos à saúde, à previdência e à assistência social.

Veja que seu conceito, *moderno e inovador*, ultrapassa a noção clássica dos direitos sociais, colocando como *sujeito passivo* da relação jurídica não somente o Estado (“Poderes Públicos”) como também os próprios potenciais *beneficiários* do sistema (“sociedade”), tudo para que o mesmo ganhe *força e abrangência universais*. Confira-se, a propósito:

Podemos daí afirmar que *a formação delineada pelo constituinte de 1988 vai além dos antigos sistemas de seguros sociais, ampliados e aprimorados com ideais de justiça, solidariedade e isonomia, em uma ação cooperativa nunca antes atingida pela sociedade humana*. Daí haver algum exagero nas críticas diante do Estado Social, pois, embora este apresente sérios problemas na atualidade, o que se requer são ajustes, nunca sua extinção. Esta seria a verdadeira concepção do Estado Pós-Social. *Cabe à sociedade e seus governantes perceberem que o Estado não tem e nunca terá a força necessária para garantir a liberdade do querer por si só, demandando auxílio da sociedade, inclusive por meio de organizações não governamentais (ONGs). É hora de superarmos o individualismo da sociedade de consumo e atuarmos no auxílio ao próximo, tendo consciência que o Estado nunca poderá levar esta empreitada por si só. Somente assim poderemos garantir os objetivos constitucionais.*<sup>26</sup> (destaques nossos)

Outra novidade alvissareira trazida pelo legislador constituinte foi a proposta de *equacionamento do caráter gradual e progressivo da implantação destes direitos relacionados à saúde, previdência e assistência*

social, buscando solucionar o conflito entre a reserva do possível e o caráter obrigatório de implementação dos direitos sociais por meio da adoção de *meta-princípios orientadores do sistema da Seguridade Social*, previstos no parágrafo único, do artigo 194, a saber: *i) universalidade* da cobertura e do atendimento; *ii) uniformidade e equivalência* dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; *iii) seletividade e distributividade* na prestação dos benefícios e serviços; *iv) irreduzibilidade do valor* dos benefícios; *v) equidade* na forma de participação no custeio; *vi) diversidade* da base de financiamento; *vii) caráter democrático e descentralizado da administração*, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

De todos os meta-princípios supracitados, desde o início se verifica a *tensão* existente entre os *dois grandes vetores* do sistema da Seguridade Social, quais sejam, o princípio da *universalidade* do custeio e da cobertura de atendimento e seus “sub-vetores” (itens “i”, “ii”, “iv”, “vi” e “vii”) *versus* o princípio da *seletividade* e distributividade no custeio e na prestação dos serviços e seu “sub-vetor” (itens “iii” e “v”).

Sem sombra de dúvidas o sucesso – ou o fracasso – do sistema da Seguridade Social dependerá do equilíbrio entre tais fatores,<sup>27</sup> lembrando que, por se tratar de direitos sociais, logo, de direitos humanos fundamentais,

<sup>26</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 7.

<sup>27</sup> “O princípio da universalidade, o qual também inspira a organização da seguridade social, irá adquirir algumas tonalidades específicas na previdência, na assistência e na saúde. Quando se cogita da *previdência social*, espécie notoriamente *contributiva* do gênero seguridade social, *não se prescinde da necessária participação econômica do segurado, sem a qual o sistema não seria viável, razão pela qual estamos frente a uma universalidade mitigada*. De outro giro, a universalidade da previdência social, quanto ao acesso, não significa, obrigatoriamente, a concessão de um direito igual, para todos os trabalhadores, de receber benefícios exatamente nas mesmas condições”. (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33, destaques nossos)

a interpretação das disposições constitucionais e legais sempre deverá levar em conta os *meta-vetores hermenêuticos da vedação do retrocesso e da máxima aplicabilidade das normas protetivas* (art. 5º, § 1º, da CF), bem como os grandes objetivos da República Federativa do Brasil estampados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, notadamente a busca da: *i) dignidade da pessoa humana* (art. 1, III); *ii) construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I)<sup>28</sup>; *iii) promoção do bem de todos* (art. 3º, IV).<sup>29</sup>

Quanto à saúde e à assistência social, não serão objeto de estudo neste trabalho.

Nosso foco diz respeito à *Previdência Social*,<sup>30</sup> entendida como:

28 “Já a justiça social é objetivo do desenvolvimento nacional, sendo verdadeira diretriz de atuação para nossos governantes, impondo a ação distributiva da riqueza nacional. Requer não somente a ação do Poder Público, mas também da sociedade, diretamente, sendo emblemática a ação das entidades não governamentais. A justiça social é a equânime distribuição de benefícios sociais, baseada no princípio da seletividade e distributividade (exposto mais adiante). Tanto a justiça social como o bem-estar social são legitimadores das políticas públicas, sendo também diretriz axiológica para interpretação e aplicação da normatização protetiva”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 6, destaques nossos)

29 “O bem-estar social, materializado pela legislação social, traz a idéia de cooperação, ação concreta do ideal de solidariedade, superando-se o individualismo clássico do estado liberal. De acordo com o art. 3º da Constituição, o bem-estar pode ser também definido como a erradicação da pobreza e desigualdades, mediante a cooperação entre os indivíduos”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 6, destaques nossos)

30 “A previdência social no Brasil compreende duas ordens de regimes: os regimes públicos obrigatórios e os privados de caráter complementar e facultativo. Nos regimes públicos, situam-se o regime geral e os regimes próprios de previdência constituídos pela União, pelos Estados e pelos Municípios para os seus servidores ocupantes de cargos efetivos (Decreto 3.048/99, art. 6º). O regime geral é regulado pela Lei nº 8.213/91, sendo responsável pela sua concretização a autarquia federal denominada Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, vinculado ao Ministério da Previdência Social e instituído pelo já referido D. nº 99.350/90, conforme autorização contida na Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990. A previdência complementar, organizada de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativa – com fulcro nas disposições do art. 202 da CF/88, na redação delineada pela EC nº 20/98 -, tendo as suas linhas mestras estabe-

(...) um *seguro social compulsório*, eminentemente *contributivo* – este é o seu principal traço distintivo – mantido com recursos dos trabalhadores e de toda sociedade – que busca *propiciar meios indispensáveis à subsistência dos segurados e seus dependentes* quando não podem obtê-los ou não é socialmente desejável que eles sejam auferidos através do trabalho por motivo de maternidade, velhice, *invalidez*, morte, etc.<sup>31</sup> (destaques nossos)

Em termos *históricos*, a Previdência Social constitui regime ligado à *noção* civilista de “*risco*”, daí advindo, também historicamente, sua conceituação como espécie de “*seguro*”.

Claro que, ao longo do tempo, tais conceitos evoluíram desta noção primária – de índole essencialmente *individualista e voluntária* – para *conceitos coletivos*, baseados no ideal de *solidariedade*, a abranger toda pessoa integrante do regime geral de previdência social, de *caráter compulsório* – daí as modernas noções de “*risco social*”<sup>32</sup> (ou

lecidas na LC nº 109, de 29 de maio de 2001”. (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27-28, destaques nossos). Já mencionamos – e uma vez mais repetimos – que a *presente obra* não analisará os demais regimes de previdência social, *limitando-se a estudar os benefícios por incapacidade dentro do regime geral de previdência social (RGPS)*.

31 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27.

32 “A previdência social é tradicionalmente definida como *seguro sui generis*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados *riscos sociais*. (...) Em um conceito restrito, os *riscos sociais cobertos pelos regimes protetivos são as adversidades da vida a que qualquer pessoa está submetida, como o risco de doença ou acidente, tanto quanto eventos previsíveis, como idade avançada – geradores de impedimento para o segurado providenciar sua manutenção*. Todavia, é interessante observar que o conceito de risco social não é tão limitado como possa parecer, pois *abrange outras situações estranhas à idéia de infortúnio, como a maternidade*. Daí alguns criticarem a concepção de “*riscos sociais*”, sugerindo adotar-se o termo *necessidade social*. (...) Desta forma, o signo *risco social*

“contingência”<sup>33</sup>) e “seguridade social”.

Por fim, e no tocante à sua *natureza jurídica*, comungamos dos ensinamentos do Professor *Fábio Zambitte Ibrahim*, para quem:

*Em verdade, a natureza dos regimes básicos previdenciários é institucional ou estatutária, já que o Estado, por meio de lei, utiliza-se de seu Poder de Império e cria a figura da vinculação automática ao sistema previdenciário, independente da vontade do beneficiário. Por isso o seguro social é vinculado a ramo público do Direito (Direito Previdenciário), ao contrário do seguro tradicional, que é vinculado a ramo privado (Direito Civil).<sup>34</sup> (destaques nossos)*

Por isso mesmo é que, em se tratando do custeio do regime geral de previdência social – e da própria Seguridade Social como um todo –, o legislador Constituinte se socorreu do Sistema Tributário Nacional, criando a espécie tributária intitulada “*contribuições sociais*” (arts. 149 e 195 da CF), para *obrigar a sociedade* a auxiliar na manutenção econômica de todo o regime de proteção social.

deve ser interpretado, nesta obra, como *todo evento coberto pelo sistema protetivo, com o intuito de fornecer ao segurado algum rendimento substituidor de sua remuneração, como indenização por seqüelas ou em razão de encargos familiares*”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 27-28, destaques nossos)

33 “A relação jurídica de seguridade social é diversa da relação jurídica do seguro do Direito Civil, embora se possa afirmar que somente a relação jurídica previdenciária se aproxima de uma relação de seguro, porque a cobertura dependerá sempre de contribuição do segurado. Os riscos cobertos, porém, serão sempre os enumerados pelo legislador.

Insatisfatória a noção de risco, a *seguridade adota a de contingência que gera a consequência-necessidade objeto da proteção. A relação jurídica de seguridade social se forma após a ocorrência do evento, ou contingência, para, então, reparar a consequência-necessidade dela decorrente*”. (SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Sinopses jurídicas: direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4, destaques nossos)

34 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 29.

Ou seja, como necessária contrapartida ao *caráter universal* e amplo do sistema de Seguridade Social – como obrigação do Estado de proteção a direitos sociais, operacionalizada, também, por meio da figura da *filiação obrigatória*<sup>35</sup> – o legislador Constituinte concebeu uma *figura tributária voltada exclusivamente ao financiamento de tal sistema* – condição *sine qua non* para a sua implementação e manutenção.<sup>36</sup>

Assim, como conclusão mais importante a que chegamos – e que servirá como bússola para o aprofundamento de nossos estudos –, é a de que todo o sistema de Previdência Social restou reconhecido e montado juridicamente a partir de *eventos sociais deflagradores* – *geradores de respectivas contingências sociais* (riscos sociais) –, *eleitos pelo legislador Constituinte como aptos a gerar a proteção estatal*.

Nesta obra busca-se *innovar* em termos de *distinção* entre os conceitos doutrinários de “*evento deflagrador*” e “*contingência social*” (risco social), o que não ocorre na doutrina pátria sobre o tema, onde os conceitos geralmente se equivalem. Entendemos

35 “Outra característica de grande relevância dos regimes básicos em nosso sistema previdenciário é a *compulsoriedade*, a qual inexistente no segmento complementar. *No Brasil, qualquer pessoa, nacional ou não, que venha a exercer atividade remunerada em território brasileiro filia-se, automaticamente, ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, sendo obrigada a efetuar recolhimentos ao sistema previdenciário* (somente excluem-se desta regra as pessoas já vinculadas a regimes próprios de previdência). Esta *obrigatoriedade de filiação* ao sistema estatal de previdência é *norma de ordem pública*, sendo defeso ao segurado alegar que não deseja ingressar no sistema, por já custear regime privado de previdência. A compulsoriedade tem várias justificativas, em especial, a conhecida *miopia individual* (pouca importância dos mais jovens ao futuro) e a *solidariedade previdenciária*, garantidora do pagamento de benefícios mesmo àqueles com cotização insuficiente”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 30, destaques nossos)

36 “O sistema previdenciário deve ser *autossustentável*, isto é, deve financiar-se a partir das contribuições de seus beneficiários, diretos ou indiretos, evitando-se uma dependência indevida de recursos estatais, o que naturalmente poderia comprometer o sistema protetivo”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 29, destaques nossos)

relevante juridicamente a distinção entre os conceitos jurídicos em razão de o *legislador constituinte* (art. 201, I a V) e *ordinário* (art. 1º da Lei nº 8.213/1991) arrolarem, na verdade, apenas os *eventos sociais deflagradores* das respectivas contingências sociais amparadas pelo sistema de Proteção Social Previdenciário, e não as contingências diretamente. E isso ocorre inclusive nos casos da aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente, onde os eventos sociais deflagradores – respectivamente, a invalidez, a doença e o acidente – *não se confundem com o risco (contingência) social originado* – a incapacidade laboral. Assim, em termos de rigor técnico-científico, justifica-se a separação entre os conceitos.<sup>37</sup>

E será necessariamente a partir de tal premissa metodológica que estudaremos o sistema de Previdência Social, inclusive, no tocante às suas prestações, entendidas como a efetivação da proteção estatal frente às contingências sociais detectadas por via dos eventos sociais arrolados pelo legislador constituinte – caráter eletivo.

## 5. Dos eventos sociais geradores dos riscos sociais (contingências) protegidos pelo regime geral de previdência social no Brasil.

Uma vez mais, é a Constituição Federal

quem fixa as balizas atinentes às coberturas abrangidas pelo regime geral de previdência social, em seu artigo 201, caput e incisos I a V.

Balizas estas fixadas tanto no tocante à forma de organização do regime<sup>38</sup> – o que evidentemente delimita seu raio de alcance – quanto no tocante aos eventos sociais deflagradores dos riscos sociais abrangidos pela sua rede de proteção.<sup>39</sup>

Quanto ao *caráter protetivo do trabalhador em situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade financeira* de que se reveste a Previdência Social, o artigo 201, § 2º, da Constituição Federal não deixa margem a dúvidas ao prescrever que “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá *valor mensal inferior ao salário mínimo*”, lembrando que a própria Constituição Federal prescreve um conceito bastante abrangente de salário mínimo – aliás, teoricamente condizente com o Estado de Bem Estar Social proposto pelo Constituinte – em seu artigo 7º, IV<sup>40</sup> – lamentavelmente instrumento de ficção jurídica em nosso país até os dias atuais.

De qualquer sorte, são os seguintes os *eventos sociais* elencados pelo legislador Constituinte<sup>41</sup> como deflagradores das con-

37 Como exemplo de entendimento da doutrina pátria em termos de equivalência entre os conceitos, confira-se a seguinte passagem: “O termo *risco social* é empregado para designar os *eventos*, isto é, os fatos ou *acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens*, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um *desajuste nas condições normais de vida*, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando *necessidades a serem atendidas*, pois nestes momentos críticos, normalmente não podem ser satisfeitas pelo indivíduo”. (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 29-30, destaques nossos). No exemplo dado, e conforme sugestão que ora ousamos apresentar, tais “*acontecimentos*” representam os *eventos sociais deflagradores*, e as “*necessidades*” representam as *contingências sociais* (riscos sociais), e que *não se confundem*.

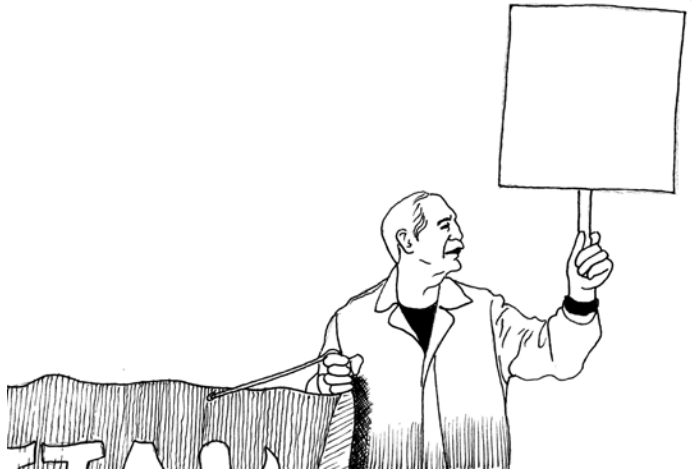
38 “A *previdência social* será organizada sob a forma de *regime geral*, de *caráter contributivo* e de *filiação obrigatória*, observados *critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)” (art. 201, caput, da CF, destaques nossos).

39 “*Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada*” (inc. I); “*proteção à maternidade*, especialmente à gestante” (inc. II); “*proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário*” (inc. III); “*salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda*” (inc. IV); “*pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes*” (inc. V). (destaques nossos)

40 “*Salário mínimo*, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas *necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. (destaques nossos)

41 Confira-se a redação do art. 1º da Lei nº 8.213/1991, ao arrolar os “*eventos sociais*” geradores de “*riscos sociais*” cobertos pelo regime geral de previdência social, lembrando

tingências sociais a serem protegidas: *i) eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada* (art. 201, I); *ii) proteção à maternidade*, “especialmente à gestante” (art. 201, II); *iii) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário* (art. 201, III); *iv) salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda* (art. 201, IV); *v) pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes* (art. 201,V).



Da leitura das normas constitucionais verifica-se que o legislador Constituinte concebeu um sistema de previdência social voltado, primeiramente, à proteção de *duas categorias distintas de beneficiários*, a saber: *i) os segurados*, ou seja, as pessoas filiadas<sup>42</sup> ao regime geral de previdência social; *ii) os dependentes*, ou seja, as pessoas ligadas e dependentes economicamente da figura dos segurados.<sup>43</sup>

Outrossim, *quatro* foram as *categorias de eventos* eleitas pelo legislador Constituinte

como deflagradoras de contingências sociais dignas de receber a proteção social (art. 201, I, II, IV e V), a saber: *i) os seguintes eventos: a) doença; b) invalidez; c) morte; d) idade avançada; ii) os eventos destacados da maternidade e do desemprego involuntário; iii) as proteções sociais voltadas aos segurados de baixa renda*,<sup>44</sup> pagas em favor de seus dependentes em razão da ocorrência de *dois eventos específicos: a) salário-família*, pago no caso de filhos menores de 14 (quatorze) anos ou inválidos com frequência escolar; *b) auxílio-reclusão*, que tem como evento desencadeante a prisão do segurado de baixa renda; *iv) o benefício destacado da pensão por morte*, pago em favor dos dependentes do segurado após a ocorrência do evento “morte”.

que é a Constituição Federal quem arrola um rol mínimo de eventos geradores de contingências a serem protegidas, não podendo, portanto, o legislador ordinário reduzi-las: “A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de *incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente*”. (destaques nossos)

42 “A filiação será automática, a partir do *simples exercício de trabalho remunerado*. (...) A respeito do tema confira-se Wladimir Novaes Martinez: ‘(...) A filiação é a aquisição da condição de segurado junto ao RGPS e é sempre automática, bastando, para tal, a efetiva prestação de atividade abrangida pela proteção previdenciária, seja empregado, empregador, autônomo, especial, etc., independentemente de contribuição à Previdência’”. (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 116-117, destaques nossos)

43 *Lei n° 8.213/1991, art. 16*: “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de *dependentes do segurado*: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II – os pais; III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (...) § 4° A *dependência econômica* das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”. (destaques nossos)

44 Cabe aqui ressaltar a aparente incongruência entre o legislador constituinte – que conceituou o benefício do salário família como destinado aos dependentes do segurado de baixa renda – e o legislador ordinário, que o enquadrrou como benefício destinado aos próprios segurados de baixa renda, a gerar, inclusive, celeuma doutrinária acerca do assunto, a conferir: “A atual restrição deste benefício aos segurados de baixa renda foi implementada pela Emenda Constitucional n° 20/98, a qual limitou a concessão do salário-família e do auxílio-reclusão aos segurados e dependentes de baixa renda (art. 201, IV da CRFB/88)” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 638, destaques nossos) VERSUS “O inciso XII do art. 7° e o inciso IV do art. 201, na redação conferida pela EC n° 20/98, restringiram a concessão do salário-família para os dependentes dos segurados de baixa renda”. (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 283, destaques nossos)

Agora, juntando as duas ordens de categorias levadas em conta pelo legislador Constituinte, e fazendo-se a devida correlação entre os eventos eleitos e os

respectivos benefícios previstos e pessoas beneficiárias, temos o seguinte quadro, com supedâneo constitucional e legal (Lei nº 8.213/1991):

EVENTO	BENEFÍCIO	BENEFICIÁRIOS
Doença (art. 201, I, da CF)	Auxílio-doença (art. 18, I, e, da Lei nº 8.213/1991)	Segurados
Invalidez (art. 201, I, da CF)	Aposentadoria por invalidez (art. 18, I, a, da Lei nº 8.213/1991)	Segurados
Morte (art. 201, I e V, da CF)	Pensão por morte (art. 18, II, a, da Lei nº 8.213/1991)	Dependentes dos segurados (art. 16 da Lei nº 8.213/1991)
Idade avançada (art. 201, I, da CF)	Aposentadoria por idade (art. 18, I, b, da Lei nº 8.213/1991) e por tempo de contribuição (art. 18, I, c e d, da Lei nº 8.213/1991)	Segurados
Maternidade (art. 201, II, da CF)	Salário-maternidade (art. 18, I, g, da Lei nº 8.213/1991)	Seguradas mulheres
Reclusão (art. 201, IV, da CF)	Auxílio-reclusão (art. 18, II, b, da Lei nº 8.213/1991)	Dependentes dos segurados de baixa renda (art. 16 da Lei nº 8.213/1991)
Filhos menores de 14 (quatorze) anos ou inválidos com frequência escolar (art. 201, IV, da CF)	Salário-família (art. 18, I, f, da Lei nº 8.213/1991)	Dependentes dos segurados de baixa renda, com exclusões
Desemprego involuntário (art. 201, III, da CF)	Seguro-desemprego (Lei nº 7.998/1990)	Segurados empregados e autônomos (art. 3º, II, da Lei nº 7.998/1990)

Espécie própria, a ser estudada em momento posterior, porém, não constante expressamente do texto constitucional, é o benefício do *auxílio-acidente* (art. 86 da Lei nº 8.213/1991), o qual possui *natureza jurídica indenizatória*,<sup>45</sup> compensando o trabalhador em razão da ocorrência de evento gerador de *diminuição de sua capacidade laboral* (acidente), logo, com perda de competitividade dentro do mercado de trabalho.

Temos, assim, como principal conclu-

são do capítulo, que o legislador Constituinte adotou a metodologia de arrolar os *eventos sociais* deflagradores das contingências sociais a serem protegidas, correlacionando-os às prestações previdenciárias devidas – e não a elaboração de uma direta correlação “contingência social-prestação previdenciária”.

## 6. Dos eventos sociais geradores do risco social “incapacidade laboral” e respectivos benefícios previdenciários existentes dentro do regime geral de previdência social – conceito e relação entre eles.

Delimitando o estudo dos eventos eleitos pelo legislador Constituinte brasileiro como hábeis a gerar a proteção social pelo regime geral de previdência social, passaremos a verificar quais deles encontram-se inseridos dentro da situação de fragilidade social

45 “O auxílio-acidente é o único benefício previdenciário com natureza exclusivamente indenizatória. Visa a ressarcir o segurado, em virtude de acidente que lhe provoque a redução da capacidade laborativa. Este benefício está previsto na Lei nº 8.213/91, art. 86 e no RPS, art. 104. O segurado tem uma seqüela decorrente de acidente que reduziu sua capacidade laborativa – daí presume o Legislador que este segurado terá uma provável perda remuneratória, cabendo ao seguro social ressarcir-lo deste potencial dano”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 648, destaques nossos)

(contingência/risco social) da *incapacidade laboral*.

Isso porque, dentre todos os eventos prescritos, *é possível se separar* – como já comprovado no capítulo anterior – *alguns deles em categorias próprias*, em razão de sua *origem comum*, notadamente em razão da geração de uma mesma categoria de “*contingência social*”.

Ou, em outras palavras, alguns eventos se encontram *ontologicamente ligados*, o que gerará, por decorrência natural, a *ligação ontológica entre os respectivos benefícios previdenciários* prescritos no bojo da Lei nº 8.213/1991.

E, como exemplos a serem ora estudados neste trabalho, temos dois eventos básicos que se ligam diretamente em razão da noção de *incapacidade laboral – contingência social comum* exigida como pressuposto imprescindível à concessão de ambas as prestações estatais –, a saber: *i) doença; ii) invalidez*.

Logo, os dois benefícios previdenciários previstos na Lei nº 8.213/1991 que possuem como pressuposto fundamental de concessão a existência de incapacidade laboral são: *i) auxílio-doença; ii) aposentadoria por invalidez*.

Com efeito. Basta verificar as normas jurídicas disciplinadoras de ambos os benefícios para verificar a ligação ontológica entre os eventos deflagradores por via da contingência social comum da “incapacidade laboral”:

- APOSENTADORIA POR INVALIDEZ (art. 42): “A aposentadoria por invalidez, (...), será devida ao segurado que, (...), for considerado *incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência* (...)”.

- AUXÍLIO-DOENÇA (art. 59): “O auxílio doença será devido ao segurado que, (...), *ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual* por mais de 15 (quinze) dias consecutivos”.

Veja que, em *ambos os casos*, os eventos sociais deflagradores da concessão das

respectivas proteções sociais encontram-se intimamente ligados à origem comum da contingência social da *incapacidade laboral*: de forma *total*, porém, *permanente na aposentadoria por invalidez* – benefício que prevê maior proteção social (100% do salário de benefício, art. 44), porém, exige um grau maior de gravidade na incapacidade laboral constatada – e meramente *temporária no auxílio-doença* – benefício que prevê menor proteção social (91% do salário de benefício, art. 61), porém, exige um grau menor de gravidade da incapacidade laboral:

*A perda definitiva da capacidade laboral é uma contingência social deflagradora da aposentadoria por invalidez. Distingue-se do auxílio-doença, também concebido para proteger o obreiro da incapacidade laboral, em razão de o risco social apresentar-se aqui com tonalidades mais intensas e sombrias, vale dizer, em princípio, o quadro é irreversível.*<sup>46</sup> (destaques nossos)

Também o *nível de extensão* da incapacidade laboral varia entre os dois benefícios por incapacidade: *i) para toda e qualquer atividade laboral*, no caso da aposentadoria por invalidez; *ii) apenas para a atividade laboral habitual*, em se tratando de auxílio-doença:

A diferença, comparativamente a aposentadoria por invalidez, repousa na circunstância de que para a obtenção de *auxílio-doença* basta a incapacidade para o trabalho ou atividade *habitual* do segurado, enquanto para a *aposentadoria por invalidez* exige-se a incapacidade total, para *qualquer atividade que garanta a subsistência*. Tanto é assim que, exercendo o segurado mais de uma atividade e ficando incapacitado para apenas uma delas, o *auxílio-doença será concedido em relação à atividade para a qual o segura-*

<sup>46</sup> ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 203-204.

*do estiver incapacitado, considerando-se, para efeito de carência somente as contribuições relativas a essa atividade. (RPS, art. 71, § 1º).<sup>47</sup> (destaques nossos)*

Outrossim, em ambos os benefícios resta vedada a concessão da proteção estatal quando verificado que o termo inicial da incapacidade se deu *anteriormente* ao ingresso do segurado no regime geral de previdência social (conceito de “incapacidade preexistente”: artigos 42, § 2º e 59, parágrafo único, da Lei nº 8.213/1991, respectivamente, para os casos de aposentadoria por invalidez e de auxílio doença).

Especificamente no tocante ao grau de incapacidade diferenciador de ambos os benefícios, deve-se ter em mente que o conceito de “incapacidade permanente”, exigido para a concessão da aposentadoria por invalidez, não se confunde com incapacidade vitalícia, ou irreversível.

Ou seja, trata-se de uma incapacidade total e de longa duração, mas que não irá necessariamente perdurar para o resto da vida do segurado, conferindo-se:

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

*alterado (seja pela imprecisão dos exames que atestaram a irrecuperabilidade, seja pela evolução das ciências médicas que permitiram debelar a moléstia diagnosticada na época como incurável), não subsiste razão para a manutenção da prestação previdenciária. Daí a locução presente na parte final do artigo 42: e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa condição.<sup>48</sup> (destaques nossos)*

Tal conclusão decorre facilmente da própria redação do artigo 42 da Lei nº 8.213/1991, que em sua parte final enfatiza “(...) e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição”, bem como em face da exigência de o segurado se submeter a perícias médicas periódicas (art. 101) e da própria previsão legal expressa no tocante à forma de cessação do benefício quando constatada a recuperação da capacidade laboral (art. 47):

Por outro lado, a idéia de uma incapacidade total e permanente como pressuposto da aposentadoria por invalidez deve ser entendida em seus devidos termos. A distinção que corresponde o auxílio-doença à incapacidade parcial-temporária e a aposentadoria por invalidez à incapacidade total-definitiva tem mais uma finalidade didática. Em primeiro lugar, se o benefício de aposentadoria por invalidez é devido enquanto perdurar a incapacidade e se o titular deste benefício deve submeter-se ao serviço de reabilitação profissional, a definitividade da incapacidade não é, então, absoluta. Sempre será possível (devida, na verdade) a reabilitação profissional. Parece-me um equívoco condicionar-se a concessão da aposentadoria por invalidez aos casos em que o segurado é insuscetível de reabilitação, ainda que a interpretação literal do disposto no art. 42 da Lei 8.213/91 possa

47 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 275.

48 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 205.

nos levar a tal pensamento. *O que se exige é uma incapacidade mais estável do que aquela que autoriza a concessão do auxílio-doença*, pois este benefício é devido no caso de *incapacidade para a atividade habitual* por mais de 15 dias consecutivos. A característica aqui é de uma incapacidade *temporária e precária*. *Na aposentadoria por invalidez a incapacidade é para qualquer atividade e mais estável, ela deve ser permanente enquanto dure, com prognóstico médico de que não cesse.*<sup>49</sup> (destaques nossos)

Outro ponto de grande relevo, que merece ser destacado, é o da *concessão judicial* de ambos os benefícios por incapacidade, sendo certo que, para efeitos de análise e fixação do *nível de extensão da incapacidade laboral* – apenas para a atividade habitual (auxílio-doença) ou para toda e qualquer atividade (aposentadoria por invalidez) – o juiz deve, dentro do princípio do *livre convencimento motivado* (art. 131 do CPC), balizar-se não somente pelo resultado do laudo médico pericial, mas também pelos chamados “*fatores sociais*” (grau de instrução, idade, atividades historicamente desempenhadas pelo segurado, condição social, dentre outros), como elementos de prova constantes dos autos:

*Incapacidade Permanente, ou seja, com prognóstico negativo quanto a cura ou reabilitação*. Assim é que, se a incapacidade é parcial, impedindo o exercício da atividade habitual do segurado, mas permitindo o exercício de outra pela qual possa sobreviver, ainda que a habilitação tenha sido efetuada mediante a realização de reabilitação profissional, não há direito à aposentadoria por invalidez. *As condições pessoais do segurado reclamam uma análise cuidadosa que não deve descuidar-se de sua idade, aptidões, grau de instrução, limitações físicas que irão acompanhá-lo dali para frente, bem como a diminuição do nível*

*de renda que a nova profissão poderá acarretar.*<sup>50</sup> (destaques nossos)

Também é este o *entendimento do STJ*, a saber:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA INCAPACIDADE PARCIAL DO SEGURADO. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, UTILIZANDO-SE OUTROS MEIOS.

1. Ainda que o sistema previdenciário seja contributivo, não há como desvinculá-lo da realidade social, econômica e cultural do país, onde as dificuldades sociais alargam, em muito, a fria letra da lei.

2. *No Direito Previdenciário, com maior razão, o magistrado não está adstrito apenas à prova pericial, devendo considerar fatores outros para averiguar a possibilidade de concessão do benefício pretendido pelo segurado.*

3. *Com relação à concessão de aposentadoria por invalidez, este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido da desnecessidade da vinculação do magistrado à prova pericial, se existentes outros elementos nos autos aptos à formação do seu convencimento, podendo, inclusive, concluir pela incapacidade permanente do segurado em exercer qualquer atividade laborativa, não obstante a perícia conclua pela incapacidade parcial.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1102739/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009)

Evidente, pois, não é crível se supor que pessoas em situação de grande vulne-

49 SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 249.

50 SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 204.

tabilidade financeira, que desempenharam durante toda a vida atividade de baixo grau de complexidade, de mínima remuneração, com baixo grau de escolaridade e idade avançada, tenham reais condições de se reabilitar para a prática de atividades laborais diversas.

O próprio legislador processualista, já antevendo tais situações, expressamente prescreveu no artigo 436 do Código de Processo Civil que “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”:

*O perito é apenas um auxiliar da Justiça e não um substituto do juiz na apreciação do evento probando. “Deve apenas apurar a existência de fatos cuja certificação dependa de conhecimento técnico”. Seu parecer não é uma sentença, mas apenas fonte de informação para o juiz, que não fica adstrito ao laudo e pode formar sua convicção de modo contrário a base de outros elementos ou fatos provados no processo (art. 436). E, realmente, deve ser assim, pois do contrário, o laudo pericial deixaria de ser simples meio de prova para assumir o feitiço de decisão arbitral e o perito se colocaria numa posição superior à do próprio juiz, tornando dispensável até mesmo o pronunciamento jurisdicional.<sup>51</sup> (destaques nossos)*

Ou seja, o juiz deve se valer de todos os elementos de prova colhidos nos autos para a busca da verdade material, a fim de que a sentença proferida reflita e garanta, o mais próximo possível, a realidade dos direitos e respectivos titulares.

Registre-se uma vez mais que os *benefícios previdenciários* nada mais representam do que *prestações devidas pelo Estado como direitos humanos fundamentais de segunda geração*, em favor de pessoas inseridas em

situações jurídicas de vulnerabilidade financeira e social, dentro dos parâmetros constitucionais e legais previamente fixados, *não podendo, portanto, meras questões técnicas inviabilizar o seu exercício.*

## **7. Da inclusão do auxílio-acidente no rol dos benefícios previdenciários pagos em razão da constatação de evento social inserido na contingência social “incapacidade laboral”.**

A inclusão da aposentadoria por invalidez e do auxílio-doença no rol dos benefícios decorrentes da constatação de eventos sociais inseridos na contingência social comum da “incapacidade laboral” – logo, com o reconhecimento de sua *ligação ontológica e correlação necessária em termos de configuração e concessão* – é questão de há muito pacificada na doutrina e jurisprudência pátrias, inexistindo qualquer celeuma nesse sentido. Confira-se, a propósito:

Há entendimentos no sentido que o auxílio-doença pode ser concedido, judicialmente, mesmo quando o pedido inicial tenha sido de aposentadoria por invalidez, não se configurando julgamento *extra petita*. Considera-se, no caso, que o *auxílio-doença é um minus em relação à aposentadoria por invalidez.*<sup>52</sup> (destaques nossos)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFERIDO AUXÍLIO-DOENÇA EM VEZ DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DECISÃO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

*1. A sentença, restabelecida pela decisão em sede de recurso especial, bem decidiu a espécie, quando, reconhecendo o preenchimento dos requisitos*

51 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 519-520.

52 SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Sinopses jurídicas: direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180.

*necessários à concessão do benefício de auxílio-doença, deferiu-o ao segurado, não obstante ter ele requerido aposentadoria por invalidez.*

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 868.911/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 17/11/2008)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA. NULIDADE. *EXTRA PETITA*. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA.

*Não há nulidade por julgamento extra petita na sentença que, constatando o preenchimento dos requisitos legais para tanto, concede aposentadoria por invalidez ao segurado que havia requerido o pagamento de auxílio-doença. Precedentes.*

Recurso não conhecido. (REsp 293.659/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20/02/2001, DJ 19/03/2001, p. 138)

Não obstante, em razão da tão propalada natureza jurídica indenizatória do benefício de *auxílio-acidente*, existe forte resistência<sup>53</sup> em inseri-lo como integrante deste seletorol.

Isso porque, como indenização, *não representa benefício substitutivo da remuneração do segurado*, como o são a aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença.

Evidente, pois, que a incapacidade laboral do segurado a ser constatada em se tratando do benefício de auxílio-acidente

é a *parcial*, ou seja, uma mera *redução na capacidade laboral*, logo, não deixando o segurado de exercer atividade remuneratória – o que necessariamente ocorre nas duas outras hipóteses de concessão de benefício previdenciário.

Mas, com todo o respeito às opiniões em contrário, *o fato de o auxílio-acidente possuir caráter indenizatório é razão suficiente, de per se, para excluí-lo do rol dos benefícios previdenciários devidos pela constatação de evento deflagrador de incapacidade laboral?*

Ou, em outras palavras, o caráter indenizatório do auxílio-acidente é característica crucial a ponto de fazer com que o mesmo se afaste ontologicamente dos outros dois benefícios (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez)?

A nosso ver, para o correto enquadramento do tema, faz-se imprescindível a verificação do *evento social deflagrador do benefício em questão*, pois, como *direito integrante do rol dos direitos humanos fundamentais de segunda geração* (direitos sociais, dentro do capítulo dos “direitos à previdência social”, por sua vez inseridos nos “direitos à seguridade social”), é *a partir de tal dado que deve ser perquirida a sua real natureza jurídica*.

A resposta nos é dada pelo artigo 86 da Lei nº 8.213/1991:

O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado<sup>54</sup> quando, após

53 “Note-se a diferença entre esse benefício e os de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez. A contingência coberta pelo auxílio-doença é a incapacidade total e temporária para o exercício das atividades habituais, mas que é passível de recuperação. A aposentadoria por invalidez protege a incapacidade total e definitiva para o trabalho. O auxílio-acidente indeniza o segurado prejudicado em razão da *redução de sua capacidade laborativa* em relação às atividades exercidas quando ocorreu o acidente”. (SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Sinopses jurídicas: direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 192, destaques nossos)

54 O art. 18, § 1º, da Lei nº 8.213/1991 *limita o rol de segurados beneficiários do auxílio acidente*, nos seguintes termos: “Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I (empregado), VI (trabalhador avulso) e VII (segurado especial) do artigo 11 desta Lei”. Trata-se de *restrição inconcebível* desde a edição da Lei nº 9.528/1997, que criou a figura do auxílio-acidente *previdenciário*, conforme restará esclarecido mais adiante, bem como *elemento diferenciador* em relação ao amplo e irrestrito rol de beneficiários da aposentadoria por invalidez e do auxílio-doença, porém, e a nosso sentir, jamais a ponto de inviabilizar sua inserção dentre o rol dos benefícios integrantes da categoria “incapacidade laboral”, em razão da já demonstrada possibilidade de integração de determinados elementos de *discrimen* eleitos pelo le-

a consolidação das lesões decorrentes de *acidente de qualquer natureza*, resultarem *seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia*. (destaques nossos)

Importante ressaltar que, não obstante o legislador ordinário utilize a expressão “consolidação das lesões” em termos de auxílio-acidente, o que levaria, em um primeiro momento, à conclusão de que o benefício somente poderia ser pago enquanto e durante a constatação de tal redução da capacidade laboral, o entendimento doutrinário e jurisprudencial se firmou em sentido contrário, ou seja, de que o benefício continua sendo devido mesmo após a recuperação da capacidade laboral pelo segurado beneficiário, a conferir:

*Ainda que o segurado, no futuro, venha a exercer atividade remunerada em que não haja reflexo negativo de sua seqüela, o auxílio-acidente continuará sendo pago.* Somente será interrompido no caso de novo afastamento em razão do mesmo acidente ou na aposentadoria (também será encerrado na hipótese do segurado averbar seu tempo de contribuição em outro regime de previdência, quando, por exemplo, ingressa em RPPS). *A manutenção do benefício, mesmo na mudança de atividade do segurado, tem conotação pragmática.* Seria impossível o seguro social acompanhar a vida do segurado durante décadas, verificando se a cada mudança de atividade o evento determinante permanece. Pois, da mesma forma, teria direito de reabilitação ao benefício no caso de retorno à atividade pretérita, em que foi jubilado com a prestação. *Por isso o benefício é mantido, independente da mudança de atividade profissional, ou mesmo desemprego.* A concessão do auxílio-acidente, no que diz

respeito à aferição da redução da capacidade laborativa, levará em consideração a atividade que era exercida pelo segurado no momento do acidente. Se, no futuro, vem a desenvolver outra profissão na qual a seqüela seja prejudicial, não terá direito ao benefício, se no momento do acidente exercia outra que não foi afetada pela seqüela. A análise, repita-se, é instantânea, tendo como paradigma o ofício exercido no tempo do acidente. De modo ainda mais abrangente, *já decidiu o STJ que a “concessão do referido benefício previdenciário não está condicionada à reversibilidade da incapacidade, sendo irrelevante para tal fim”* (AgRg no REsp 799.749-SP, Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Laurita Vaz, julgado em 21/3/2006). *A idéia é a seqüela definitiva, e não a incapacidade definitiva para determinada atividade.*<sup>55</sup> (destaques nossos)

A *redação atual* foi fruto do advento da Lei nº 9.528/1997, porém, *desde o advento da Lei nº 9.032/1995* restou criada a modalidade do benefício do auxílio-acidente *previdenciário*. Até então, e pela *redação original*, somente existia o auxílio-acidente de natureza *acidentária*, ou seja, decorrente de acidente do trabalho. Tal era a sua redação original:

O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do *acidente do trabalho*, resultar seqüela que implique: (...) (destaques nossos).

Nesse sentido, *confira-se*:

A Lei nº 9.032/95 alterou a redação do art. 86 da Lei nº 8.213/91, estabelecendo que o auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza houver redução da capacidade funcional. *O benefício passou a ser devido em virtude de acidentes de qualquer natureza*

gislador constitucional em categorias próprias, inclusive, para efeitos de classificação dos benefícios previdenciários (no caso, os *eventos sociais* da invalidez, doença e acidente, integrantes da categoria única dos benefícios decorrentes do *risco social* da “*incapacidade laboral*”).

55 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011, p. 648-649.

*e não mais apenas nos casos de acidente do trabalho.*<sup>56</sup> (destaques nossos)

Não obstante, *ainda há quem defenda a existência do benefício de auxílio-acidente unicamente na modalidade acidentária:*

*Observação: este benefício não é reconhecido pela previdência social, que entende somente existir o auxílio-acidente tipicamente de natureza acidentária nas hipóteses de acidente ou doença do trabalho, isto é, apenas para três segurados (empregado, avulso e segurado especial). Contudo, para efeito de estudo, entende-se deva ser enfrentado.*<sup>57</sup> (destaques nossos)

Trata-se, com todo o respeito, de posição há muito ultrapassada, *prevalecendo nos dias atuais, de forma pacífica, aquela no sentido da existência do benefício de auxílio-acidente na modalidade previdenciária. A propósito:*

Mencionando a lei atualmente *acidente de qualquer natureza*, em lugar de *acidente do trabalho*, como na redação originária, entende-se que houve uma *ampliação das hipóteses fáticas para concessão do benefício*. O conceito de acidente do trabalho é legal, sendo, portanto, mais restrito, devendo ser compreendido à luz dos arts. 19 a 21 da Lei de Benefícios. Por *acidente de qualquer natureza* deve ser entendido *qualquer evento abrupto que cause a incapacidade, ainda que não guarde relação com a atividade laboral do segurado.*<sup>58</sup> (destaques nossos)

Também este é o posicionamento pacífico da *jurisprudência pátria (STJ)*, a saber:

56 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Legislação previdenciária comentada*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 391.

57 PICELI, Eros. *Direito previdenciário e infortunistica*. São Paulo: CPC Livraria, 2005, p. 129.

58 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 315.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA EM FAVOR DA JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO OBJETIVANDO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE QUALQUER NATUREZA. ART. 86 DA LEI Nº 8.213/91, COM A NOVA REDAÇÃO DA LEI Nº 9.032/95. RECURSO CONHECIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL.

1. *O auxílio-acidente previsto no art. 86 da Lei nº 8.213/91, com a nova redação dada pela Lei nº 9.528/97, deixou de ser devido exclusivamente na ocorrência de acidente de trabalho propriamente dito, estendendo-se aos acidentes de qualquer natureza, vale dizer, de índole previdenciária, sendo competente, nestes casos, a Justiça Federal.*

2. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental e providos para declarar competente a Justiça Federal. (EDcl no CC 37.061/SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, julgado em 08/10/2003, DJ 17/05/2004, p. 103)

Ou seja, o benefício previdenciário de auxílio-acidente tem como *evento deflagrador* a ocorrência de “acidente de qualquer natureza”, gerador da contingência social “*redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia*”.

Por se referir unicamente ao termo “*acidente*”, é certo que *não* cabe a concessão de auxílio-acidente no caso de exposição do segurado a *doença* incapacitante, *exceto se relacionada ao trabalho*, em razão de sua equiparação legal ao conceito de “acidente” (art. 20 da Lei nº 8.213/1991).

Confira-se, a respeito:

Deve-se ter em mente o preenchimento dos requisitos necessários ao benefício, e o primeiro deles é o *acidente* (e não a doença). Assim, *se o segurado é acometido de doença, mesmo sequelado com redução da capacidade laborativa, não fará jus ao benefício*. A única ressalva é justamente a doença relacionada ao

trabalho, que é equiparada, para fins legais, a acidente do trabalho (art. 20 da Lei nº 8.213/91).<sup>59</sup> (destaques nossos)

Logo, em termos *ontológicos*, diferencia-se do benefício de auxílio-doença unicamente em razão do *grau da incapacidade laboral* decorrente das lesões apresentadas – incapacidade laboral *parcial* (auxílio-acidente) X incapacidade laboral *total* (auxílio-doença).

Interessante notar que em ambos os casos o legislador ordinário teve o cuidado de se referir, em termos de *extensão da incapacidade*, unicamente à “*atividade habitual*” – diversamente da aposentadoria por invalidez, que amplia a sua extensão para “*toda e qualquer atividade que lhe garanta o sustento*” –, ou seja, *a extensão da incapacidade é idêntica nos benefícios previdenciários de auxílio-acidente e auxílio-doença*.

De todo o exposto, e em se tratando de *direitos humanos fundamentais*, de segunda geração, logo, como obrigação do Estado em termos de implementação, e lembrando os *meta-vetores hermenêuticos da máxima efetividade e aplicação imediata*, já estudados, outra conclusão não é possível senão a de que *o benefício previdenciário de auxílio-acidente encontra-se ontologicamente ligado ao benefício previdenciário de auxílio-doença* – e estes dois, por sua vez, ao benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez.

E isso em razão da *identidade da contingência social na qual se encontram inseridos os eventos sociais deflagradores de suas concessões*, como proteção social – a *incapacidade laboral* – somente variando de grau e extensão em cada espécie, em termos de exigência para a efetivação da prestação.

Tal constatação evidencia, ademais, que o *caráter indenizatório* do auxílio acidente, longe de representar sua verdadeira natureza jurídica – desmentida dentro da ótica

das prestações previdenciárias como direitos humanos fundamentais de segunda geração – representa, na verdade, mera *característica ancilar, irrelevante em termos de definição de sua natureza ontológica*.

Tal caráter *indenizatório*, na verdade, é mera *decorrência do grau de incapacidade exigido para a sua prestação pelo Estado* – parcial (redução) – longe de caracterizar, portanto, sua real natureza ontológica, a qual está ligada, repetimos à exaustão, à *proteção social da incapacidade laboral como direito humano fundamental*.

Portanto, o contraponto existente entre os três benefícios em termos de substituição (ou não) da remuneração do indivíduo, representa apenas decorrência lógica do grau de incapacidade exigido para efeitos de implementação da proteção social – total na aposentadoria por invalidez e no auxílio-doença, logo, com *característica remuneratória X parcial no auxílio-acidente*, logo, com *característica indenizatória* – sem macular a real natureza jurídica dos três – proteção estatal em razão da ocorrência de eventos sociais inseridos dentro da contingência social da “*incapacidade laboral*”.

Ousamos, assim, discordar das vozes doutrinárias majoritárias, bem como de parte da jurisprudência pátria, para inserir o benefício previdenciário de auxílio-acidente dentre os classicamente chamados “benefícios previdenciários por incapacidade”.

Por decorrência, concordamos com as críticas lançadas pelos Professores *Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior* em face da *indevida restrição* do alcance do benefício previdenciário de auxílio-acidente em termos de *segurados beneficiários da prestação*:

Somente podem postular esta prestação os segurados relacionados no § 1º do art. 18 da Lei de Benefícios: segurados empregado, avulso e especial. Considerando o fato de o benefício, na redação original, apenas ser devido nos casos em que caracterizado o acidente do traba-

59 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 652.

lho, a restrição no âmbito subjetivo até poderia ser compreendida. Entretanto, *a partir da extensão promovida para os acidentes de qualquer natureza, a limitação subjetiva torna-se difícil de ser justificada.*<sup>60</sup> (destaques nossos)

Restrição incompreensível e injustificável, ainda mais tendo em vista a *natureza jurídica comum* entre os três benefícios previdenciários por incapacidade identificados em nosso regime geral de previdência social – aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente.

### **8. Consequência inerente à identidade ontológica entre os benefícios previdenciários por incapacidade – da fungibilidade entre os mesmos.**

Comprovada a inserção da Previdência Social dentre o rol de direitos humanos fundamentais de segunda geração (direitos sociais), logo, devendo ser observados os princípios e objetivos fundamentais arrolados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, bem como os meta-vetores da aplicação imediata e da máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais prescritos, conclusão inarredável é a de que as *prestações inseridas dentro do regime geral de previdência social devem ser implementadas a todas as pessoas filiadas ao regime e que se insiram dentro de uma das diversas hipóteses de “eventos sociais” previstos, para proteção da respectiva contingência social.*

Indo além. Comprovado que os benefícios previdenciários inseridos no regime geral de previdência social referentes à “aposentadoria por invalidez”, ao “auxílio-doença” e ao “auxílio-acidente” possuem *raiz idêntica* – prestações devidas pelo Estado em face da constatação de eventos sociais deflagrações

da contingência social “*incapacidade laboral*” – é dever do Estado a sua concessão e implementação *de acordo com a realidade fática subjacente.*

Ou seja, para efeitos de concessão resta *irrelevante a espécie de prestação requerida*, devendo ser concedido o benefício adequado à comprovada realidade fática do segurado.

Assim, caso o segurado tenha requerido administrativamente o benefício da aposentadoria por invalidez, a efetiva constatação de uma incapacidade total, porém, temporária, não pode ser utilizada como fundamento para o indeferimento do benefício, devendo ser concedido e implementado o benefício adequado, qual seja, o auxílio-doença.

De outra sorte, caso requerida a concessão do benefício de auxílio-doença, e constatada a existência de uma incapacidade apenas parcial (redução), porém, de caráter permanente, deverá ser concedido o benefício de auxílio-acidente, e não negado o direito fundamental do segurado.

Isso porque se trata do *reconhecimento e efetivação de direito humano fundamental*, tal qual *exigido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, §§ 1º e 2º.*

E a via inversa também é verdadeira. Requerido o benefício de auxílio-doença, caso constatada a existência de uma incapacidade total e permanente, deverá ser concedida a aposentadoria por invalidez.

Correto, assim, o procedimento adotado pelo INSS na seara administrativa, ao cadastrar o requerimento do benefício do segurado pela *contingência social idêntica a ser protegida* (“por incapacidade”), sem rotulá-lo pela espécie de prestação a ser concedida, o que poderia levar à violação de direito humano fundamental.

Tal característica – de *intercambialidade* – representa o caráter da “*fungibilidade*” entre os benefícios previdenciários por *incapacidade*, o que inegavelmente significa a sua *máxima aplicação e efetivação*, cumprindo

60 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 317-318.

com os mandamentos constitucionais.

Representa, pois, o equivalente previdenciário das proteções possessórias, as quais também possuem a característica da fungibilidade,<sup>61</sup> em razão do idêntico fundamento de validade constitucional no direito de propriedade<sup>62</sup> (art. 5º, *caput*, da CF).

61 “*Fungibilidade dos interditos possessórios*. O CPC 920 estabelece que a *propositura de uma ação possessória em lugar de outra não impede que o juiz conheça do pedido e conceda a proteção que entender adequada, desde que os requisitos para essa concessão estejam provados nos autos*. É o que se denomina em doutrina de *princípio da fungibilidade dos interditos possessórios*. É preciso mencionar, entretanto, que o juiz deverá conhecer do pedido na medida exata em que se encontra deduzido pelo autor ou réu (já que a ação é dúplice), não podendo ser alterada a causa de pedir. *Essa fungibilidade é válida para qualquer um dos três interditos*. É possível que o autor mencione ter havido turbação, pedindo a manutenção da posse, e, no curso do processo, o juiz verificar que aquelas circunstâncias por ele descritas na petição inicial se caracterizam simples receio, e, a final, conceder o mandado proibitório e não o de manutenção”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 989, destaques nossos)

62 “*Ihering adota como fundamento da proteção possessória o seu conceito mesmo de posse, como exteriorização normal da propriedade. E argumenta que a ordem jurídica dá-lhe segurança como um complemento necessário à garantia que dá à propriedade*. Não importa que, às vezes, ela vá beneficiar o não proprietário, e que eventualmente possa dirigir-se contra o proprietário mesmo. É que, se não houvesse a proteção à posse, deveria o *dominus*, à menor turbação ou ameaça, provar a sua propriedade na defesa de sua situação, demonstrando a existência do próprio direito e a regularidade de sua aquisição. E, como esta é habitualmente derivada, o dono teria de demonstrar a existência do ato de transmissão, a capacidade do transmitente, e o direito escoreito deste. Mas, sendo ele também proprietário por transferência, o mesmo processo haveria de repetir-se até encontrar o primeiro ocupante da *res nullius*, que iniciou a cadeia como adquirente originário, provando-se ainda que a coisa efetivamente não tinha dono. Esta prova, tão difícil que os escritores medievais qualificaram-na *diabolica probatio*, impor-se-ia em todos os casos um esquema onerosíssimo, e nem sempre convincente. A fim de facilitar a defesa do domínio, imaginou-se a proteção possessória, que permite, mediante a manutenção do *status quo*, tutelar sumariamente a propriedade, assegurando-se àquele que tem a sua exteriorização, ou que se comporte em relação à coisa, como normalmente procede o *dominus*, conservar-se nesta situação, invocando, para repelir a agressão, a sua condição de *possessor*. A posse é, então, a sentinela na defesa da propriedade, e, todas as vezes que se fere um combate de mera posição avançada, basta a utilização da arma branca na expulsão do ladrão ou salteador, reservando-se a artilharia pesada para a eventualidade de se ferir a batalha deci-

## 9. Da fungibilidade entre os benefícios previdenciários por incapacidade e sua tutela jurisdicional – fundamentos e características.

Analisaremos agora os requerimentos formulados pelos segurados perante o *Poder Judiciário*, de concessão dos benefícios previdenciários por incapacidade – aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente – e como o caráter de *fungibilidade* entre os mesmos influi nos julgamentos.

Isso porque o sistema processual civil pátrio, aplicado nas lides previdenciárias e materializado basicamente pelo Código de Processo Civil, possui uma série de regras e restrições, as quais acabam por levar a uma *primeira e superficial conclusão* de que seria vedado tal caráter – de fungibilidade entre os pedidos relacionados aos benefícios por incapacidade – na esfera judicial, em termos de julgamento do pedido formulado na petição inicial.

Estamos aqui tratando especificamente do *princípio da correlação entre o pedido e o julgamento da causa pelo magistrado* (princípio da “*congruência*”<sup>63</sup>), expressamente prescrito pelo Código de Processo Civil em seus artigos 128 e 460, os quais assim anunciam:

*siva na sobrevivência da propriedade*”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: v. IV. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39, destaques nossos)

63 “*Pedido e sentença. Princípio da congruência*. Deve haver *correlação entre pedido e sentença* (CPC 460), sendo *defeso ao juiz decidir aquém (citra ou infra petita), fora (extra petita) ou além (ultra petita) do que foi pedido, se para isto a lei exigir a iniciativa da parte*. Caso decida com algum dos vícios apontados, a sentença poderá ser corrigida por embargos de declaração, se *citra ou infra petita*, ou por recurso de apelação, se tiver sido proferida *extra ou ultra petita*. *Por pedido deve ser entendido o conjunto formado pela causa (ou causae) petendi e o pedido em sentido estrito*. A decisão do juiz fica vinculada à causa de pedir e ao pedido. Como as questões de ordem pública não necessitam ser deduzidas em juízo, pois o juiz deve conhecê-las de ofício, não se pode falar em decisão *extra ou ultra petita*, quando não se encontram expressas no pedido e o juiz, nada obstante, sobre elas se pronuncia. O *princípio da congruência* entre pedido e sentença não incide sobre as matérias de ordem pública”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 337, destaques nossos)

*Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.*

(...)

*Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. (destaques nossos)*

Não obstante seja evidente, não é demais esclarecer que os *pedidos devem ser formulados, via de regra, expressamente pela parte autora*, em observância aos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), sendo *requisito da petição inicial* (art. 282, IV, do CPC) e devendo ser “*interpretados restritivamente*”<sup>64</sup> (art. 293 do CPC), sob pena de seu não conhecimento pelo juiz – como exceções a tal regra temos as chamadas “*matérias de ordem pública*”, cognoscíveis de plano e de ofício pelo magistrado.

Ademais, a sentença que decidiu aquém (*citra*), além (*ultra*) ou fora (*extra*) do pedido está eivada de *nulidade*. Confirma-se, a propósito:

Já vimos que, em face dos arts. 128 e 460, o limite da sentença válida é o pedido, de sorte que *é nula a sentença extra petita e a citra petita* (cf. nºs 488 e 493-b, retro). *A sentença extra petita incide em nulidade porque soluciona causa diversa da que foi proposta atra-*

*vés do pedido*. E há julgamento fora do pedido tanto quando o juiz *defere uma prestação diferente da que lhe foi postulada, como quando defere a prestação pedida, mas, com base em fundamento jurídico não invocado como causa do pedido na propositura da ação*. Quer isto dizer que *não é lícito ao julgador alterar o pedido, nem tampouco a causa petendi*. É, ainda, *extra petita*, em face do art. 128, a sentença que acolhe, contra o pedido, *exceção* não constante da defesa do demandado, salvo se a matéria for daquelas cujo conhecimento de ofício pelo juiz seja autorizado por lei (exemplo: art. 267, § 3º).

(...)

O defeito da *sentença ultra petita*, por seu turno, não é totalmente igual ao da *extra petita*. Aqui, o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado (art. 460). *A nulidade, então, é parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que, ao julgar o recurso da parte prejudicada, o tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido*.

A sentença, enfim, é *citra petita* quando não examina todas as *questões* propostas pelas partes. O réu, por exemplo, se defendeu do pedido reivindicatório alegando nulidade do título dominial do autor e prescrição aquisitiva em seu favor. Se o juiz acolher o pedido do autor, mediante reconhecimento apenas da eficácia do seu título, sem cogitar do usucapião invocado pelo réu, terá proferido sentença nula, porque *citra petita*, já que apenas foi solucionada um das duas questões propostas.

*Mas o exame imperfeito ou incompleto de uma questão não induz nulidade da sentença*, porque o tribunal tem o poder de, no julgamento da apelação, completar tal exame, em face do efeito devolutivo assegurado pelo art. 515, § 1º. Assim, se a parte pediu juros da mora a partir de determinado momento e o juiz os deferiu sem especificar o *dies a quo*, pode o tribunal completar o julgamento, determinando o marco inicial da fluên-

64 “*Interpretação restritiva. O autor é quem delimita a lide, deduzindo o pedido na petição inicial* (CPC 128). A sentença deve ser dada de forma congruente com o pedido (CPC 460), não podendo conceder ao autor mais do que ele pediu, nem decidir baixo do que foi pedido, nem fora dos limites do pedido”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 487, destaques nossos)

cia dos juros. O mesmo ocorre quando o pedido é líquido e a condenação apenas genérica, graças à insuficiente apreciação da prova. Aqui, também, o Tribunal pode completar o julgamento da lide, fixando o *quantum debeatur*.

*Não pode o Tribunal, todavia, conhecer originariamente de uma questão a respeito da qual não tenha sequer havido um começo de apreciação, nem mesmo implícito, pelo juiz de primeiro grau.* Por exemplo: se se acolheu na sentença tão-somente a exceção de prescrição oposta a uma ação de vício de consentimento, não é lícito ao Tribunal, ao repelir a prescrição, decidir a *outra questão* em torno do defeito substancial do negócio jurídico, uma vez que sobre ela não se deu, ainda, pronunciamento algum do juiz *a quo*.

*A nulidade da sentença citra petita, portanto, pressupõe questão debatida e não solucionada pelo magistrado, entendida por questão o ponto de fato ou de direito sobre que dissentem os litigantes, e que, por seu conteúdo, seria capaz de, fora do contexto do processo, formar, por si só, uma lide autônoma.*

Só se anula, destarte, uma sentença em grau de recurso, pelo vício do julgamento citra petita, quando a matéria omitida pelo decisório de origem não esteja compreendida *na devolução que o recurso de apelação faz operar para o conhecimento do Tribunal*.<sup>65</sup> (destaques nossos)

Em assim sendo, *fundado única e exclusivamente nos princípios e regras supra arrolados*, seria vedado ao magistrado conceder ao segurado do regime geral de previdência social benefício diverso daquela espécie específica arrolada na petição inicial, inclusive em se tratando de benefícios previdenciários por incapacidade, sob pena de nulidade da sentença proferida.

Isso porque cada espécie de benefício

representa pedido próprio, cujo ônus de formulação é do autor.

Ou seja, requerido o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, a constatação, pelos elementos probatórios constantes dos autos, do cumprimento dos requisitos necessários à concessão de auxílio-doença ou de auxílio-acidente, não seria suficiente à concessão da tutela jurisdicional pelo magistrado, o qual ficaria cingido aos limites e termos do pedido formulado pela parte autora.

E o mesmo se daria nos casos de requerimento, em juízo, dos benefícios de auxílio-doença e de auxílio-acidente, tudo sob pena de suposta ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, bem como ao princípio da congruência entre pedido e sentença.

Mas, já sabemos que *os benefícios por incapacidade possuem a natureza jurídica de direitos humanos fundamentais de segunda geração, garantidos em nível constitucional pelos artigos 5º e 201, I, devendo ser implementados de forma maximizada e imediata para os beneficiários detectados como em situação de “risco social”*.

Há que se ter em mente, ademais, que *os Tratados Internacionais em sede de Direitos Humanos, uma vez internalizados pelo ordenamento jurídico pátrio, devem ser observados não só pelo Estado-Administração, mas também pelo Estado-Juiz, o qual deve dar concretude e efetividade aos direitos e comandos deles advindos, nas lides cotidianamente decididas*.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> “A incorporação automática do Direito Internacional dos direitos humanos pelo direito brasileiro – sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação – traduz relevantes consequências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência. Ademais, passa a ser recorável qualquer decisão judicial

<sup>65</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 555-557.

Já vimos que tais são os fundamentos do caráter de *fungibilidade* entre os benefícios previdenciários por incapacidade, ou seja, de *intercambialidade* entre os mesmos.

Por decorrência, *independentemente da espécie do benefício por incapacidade postulado pela parte autora* – aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente – *o juiz deverá conceder a tutela jurisdicional em seu favor sempre que verificar, dos elementos de prova constantes dos autos, o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de qualquer uma das espécies dele integrantes:*

*Na hipótese de redução ou perda da capacidade para o trabalho, o Regime Geral da Previdência Social oferece cobertura previdenciária específica: a) aposentadoria por invalidez para o caso de incapacidade do segurado para o exercício de qualquer atividade remunerada, sendo insuscetível de reabilitação, a chamada incapacidade total e permanente (Lei 8.213/91, art. 42); b) auxílio-doença em caso de incapacidade do segurado, por mais de quinze dias consecutivos, para o exercício de seu trabalho ou de sua atividade habitual,*

---

*que violar as prescrições do tratado – eis aqui uma das sanções aplicáveis na hipótese de inobservância dos tratados. Nesse sentido, a Carta de 1988 atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar, mediante recurso especial, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, ‘quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência’, nos termos do art. 105, III, a. Isto é, cabe ao Poder Judiciário declarar inválida e antijurídica conduta violadora de tratado internacional. Eventualmente, a depender do caso, cabe a esse Poder a imposição de sanções pecuniárias em favor da vítima que sofreu violação em seu direito internacionalmente assegurado. Nas lições precisas de Agustín Gordillo: ‘Todavia, não apenas o Tribunal nacional, mas também e especialmente o Tribunal internacional competente, estão expressamente facultados a declarar a antijuridicidade da conduta e, conseqüentemente, invalidá-la, aplicando ainda sanções pecuniárias em favor da pessoa física que sofreu violação a direito fundamental, por atos, ações ou omissões de seu país, no plano interno’.* (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83, destaques nossos)

a chamada incapacidade parcial (*sic*) e temporária (Lei 8.213/91, art. 59); c) *auxílio-acidente* em caso de redução da capacidade para o trabalho habitual, decorrente da consolidação de sequelas ocasionadas por acidente de qualquer natureza (Lei 8.213/91, art. 86).

De outra parte, a Assistência Social assegura um benefício de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência incapacitada para o trabalho – e para a vida independente, diz a lei – que não possa prover seu sustento nem tê-lo provido por sua família (Lei 8.742/93, art. 20).

*Como há um núcleo a ligar o requisito específico desses quatro benefícios da seguridade social – a redução ou inexistência de capacidade para o trabalho –, tem-se admitido uma espécie de fungibilidade dos pedidos que buscam sua concessão.* Isso tem dois efeitos importantes. O primeiro refere-se à correspondência entre o requerimento administrativo e a petição inicial, à luz da condicionante de prévio indeferimento administrativo. O segundo toca a *correspondência entre a pretensão deduzida na petição inicial e a sentença à luz do princípio da adstrição ou congruência da sentença.*

(...)

No que diz respeito à correspondência da decisão judicial aos termos do pedido, a *fungibilidade das ações por incapacidade tem encontrado força no princípio juris novit curia para reconhecer a legitimidade da sentença que concede benefício por incapacidade distinto do que pleiteado pelo autor da demanda, fundada na prova técnica superveniente e outros meios de prova.* Quer dizer, a decisão que concede aposentadoria por invalidez quando o autor pleiteou auxílio-doença ou auxílio-acidente não consubstancia sentença *ultra petita* ou *extra petita*. Também não violaria o princípio da adstrição da sentença a concessão de auxílio-doença quando pleiteada aposentadoria por invalidez na petição inicial e concedido

auxílio-doença ou auxílio-acidente.<sup>67</sup>  
(destaques nossos)

Tal conclusão, diga-se de passagem, teria fundamento jurídico potencial dentro do próprio regime do Código de Processo Civil – ou seja, independente da natureza jurídica da proteção social postulada – por meio do seu artigo 462, o qual prescreve que:

*Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.* (destaques nossos)

Ou seja, tendo em vista que a *prova da incapacidade laboral* – como pressuposto imprescindível à concessão de uma das espécies dos benefícios por incapacidade – depende da realização de *prova pericial*, e esta é realizada, *via de regra, durante a fase instrutória* – ou seja, *depois da propositura da ação* – poder-se-ia considerar que a constatação de um grau de incapacidade diverso daquele relacionado ao benefício previdenciário postulado representaria *fato constitutivo do direito do autor apto a influir no julgamento da lide*.

Como consequência, *deveria o juiz levá-lo em consideração no momento da prolação da sentença*, logo, com a concessão não do benefício postulado, mas sim daquele cujos pressupostos foram detectados pelos elementos de prova constantes dos autos.

O grande problema levantado pela doutrina processualista pátria, porém, e que representa *óbice a tal reconhecimento*, é a *vedação de que tal fato novo superveniente importe em modificação do pedido inicialmente formulado* (pedido *stricto sensu* e causa de pedir):

A proibição de mudar o pedido e aquela que impede o juiz de julgar *ultra* ou *extra* petita não excluem a possibilidade de levar em conta, o juiz, fato superveniente à propositura da ação. A tanto autoriza o art. 462 desde que o fato novo tenha influência no julgamento da lide e se refira, obviamente, ao mesmo fato jurídico que já constitui o objeto da demanda, e possa ter tido, em frente a ele, como fato constitutivo, modificativo ou extintivo. *Não se pode, contudo, em hipótese alguma, admitir fato novo que importe mudança de causa petendi.*<sup>68</sup> (destaques nossos)

*Direito superveniente.* O *ius superveniens* pode consistir no advento de fato ou direito que possa influir no julgamento da lide. Deve ser levado em consideração pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado, independentemente de quem possa ser com ele beneficiado no processo. *Não se pode, a pretexto de pretender a incidência do ius superveniens, alterar a causa de pedir ou o pedido* (Nery, RP 25/214).<sup>69</sup> (destaques nossos)

*Não encontramos autorização para tal proceder no Código de Processo Civil.* Ali, ao contrário, prevê-se que “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (CPC, art. 460). Para uma saída de conveniência, algumas decisões invocam fundamentação no art. 462 do CPC (“Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”). O caso é que o *benefício é concedido na sentença ainda*

67 SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 69-71.

68 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 547.

69 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 589.

*que a circunstância identificada no laudo pericial preexistisse ao ajuizamento da ação, de modo que o processo civil clássico é adaptado à força para atender a especificidade de uma demanda previdenciária.*<sup>70</sup> (destaques nossos)

Porém, de todo o exposto, e em se tratando de pedido de *tutela jurisdicional* que implique em *reconhecimento e implementação de prestação social como direito humano fundamental, com arrimo constitucional expresso*, outra conclusão não pode haver senão a de que *deve ser concedida a espécie comprovada ao longo da instrução processual, independentemente do pedido inicial formulado*.

Tal entendimento, ademais, *encontra eco na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça* de há muito, mais precisamente desde o final da primeira metade da década de 90, conforme é exemplo trecho do voto proferido pelo Relator Ministro Humberto Gomes de Barros no *Recurso Especial nº 5497-0/SP, julgado em 19/06/1995* e publicado no DJ de 28/08/1995:

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (RELATOR)

- O recurso especial em apreço discute duas questões, a saber:

- se o juiz, em ação acidentária, profere decisão *ultra petita*, ao conceder ao obreiro benefício não pleiteado especificamente;

- a possibilidade de cumulação de aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente.

Em relação ao primeiro ponto, cumpre observar que o autor, sem embargo de não indicar expressamente os benefícios previdenciários postulados, formulou adequadamente o pedido de indenização, fundado em causa de pedir substanciada nos acidentes de trabalho, amparados pela legislação de infortunistica.

Desse modo, *deduzida em juízo a pretensão genérica de ressarcimento, comprovado eventos lesivos e o nexó etiológico com a atividade laborativa, cabe ao juiz enquadrar a hipótese na previsão legal consentânea, em ordem a determinar os benefícios cabíveis*.

Como bem acentuou o parecer do Ministério Público Federal, nas demandas de acidente de trabalho, *dado o caráter social da lei de infortunistica, o juiz não está adstrito ao pedido quando se ignora, initio litis, qual o benefício a que faz jus o obreiro*. (destaques nossos)

Também deve ser mencionado trecho do elucidativo voto proferido pelo Ministro Vicente Leal no bojo do *Recurso Especial nº 193.220/SP*, em julgamento realizado aos 09/02/1999 e V. Acórdão publicado no DJ de 08/03/1999:

(...)

Ora, esta Colenda Corte tem proclamado em iterativos julgados que, em tema de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho, é lícito ao juiz, de ofício, enquadrar a hipótese fática no dispositivo legal pertinente à concessão do benefício cabível, em face da relevância da questão social que envolve o assunto.

Daí por que, em face dessa premissa, de fundamento incontestável, não ocorre julgamento *extra petita* na hipótese em que o órgão colegiado *a quo*, em sede de apelação, concede o benefício do auxílio-doença, ainda que a pretensão deduzida em juízo vincule-se à concessão da aposentadoria por invalidez, ao reconhecer a incapacidade temporária do obreiro.

Com efeito, não se pode esquecer o velho brocardo que sempre orientou as decisões dos bons juizes: "*Dá-me os fatos e dar-te-ei o direito*". E no *Direito Previdenciário de hoje*, em que se realça a *questão social de proteção ao trabalhador acidentado*, tema de *direitos humanos*, o mencionado brocardo ga-

<sup>70</sup> SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 69-71.

*nha relevância e se torna atual, devendo, pois, o Juiz conferir ao processo o máximo de resultado, em consonância com o princípio da instrumentalidade. Assim sendo, resta claro que o tema não comporta maiores debates, não se podendo falar em violação ao alegado dispositivo da lei processual civil. (destaques nossos)*

Também são exemplos de adoção da tese da *fungibilidade* existente entre os benefícios por incapacidade os seguintes julgados: *i) REsp nº 124.771/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 27/04/1998; ii) REsp nº 177.267/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 21/09/1998; iii) REsp nº 105.003/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 22/02/1999.*

Veja que, não obstante a falta de sistematização e cientificismo nos fundamentos das decisões proferidas, é inegável que o *fiio condutor do raciocínio* exposto nos julgados supratranscritos foi o da conceituação dos *benefícios previdenciários por incapacidade como direitos humanos fundamentais* voltados à proteção social, o que é evidenciado pela utilização de expressões como “(...) nas demandas de acidente de trabalho, dado o caráter social da lei de infortunistica, o juiz não está adstrito ao pedido quando se ignora, *initio litis*, qual o benefício a que faz jus o obreiro” (primeiro voto) e “(...) em tema de benefício previdenciário decorrente de acidente do trabalho, é lícito ao juiz, de ofício, enquadrar a hipótese fática no dispositivo legal pertinente à concessão do benefício cabível, em face da relevância da questão social que envolve o assunto” (segundo voto).

Ou seja, o que a jurisprudência do STJ historicamente detectou, de forma quase intuitiva – ainda incipiente em termos de desenvolvimento técnico-jurídico – nada mais foi do que a natureza jurídica de *direito humano fundamental dos benefícios previdenciários por incapacidade*, a viabilizar a *flexibilização do rigorismo do princípio da congruência entre o pedido e a sentença proferida* – na

*verdade, como mera exteriorização do caráter da fungibilidade entre os benefícios previdenciários por incapacidade, decorrente da identidade da contingência social deflagradora da proteção social:*

No âmbito das ações previdenciárias, especialmente quando envolvem os benefícios por invalidez, o rigorismo dos princípios processuais tem sido abrandado por um certo tempero social, já que “não se recomenda interpretação das normas processuais com excessivo formalismo, pois, normalmente, os beneficiários é que sofreriam o prejuízo de tal procedimento”.

Nesta linha, a alteração da causa de pedir só é admissível nos mesmos casos que a alteração do pedido. Contudo, *se o laudo constatar incapacidade, por doença diversa da alegada na inicial, o que implicaria alteração na causa de pedir, se tem entendido: “Não é impedimento à concessão de benefício previdenciário a conclusão, pela perícia médica, de que a Autora é portadora de doença diversa da alegada na inicial”.*

Pelo princípio da demanda (diretamente relacionado com a imparcialidade do juiz), nenhum Juiz prestará tutela senão quando provocado (CPC, art. 128), devendo ficar adstrito ao pedido do autor que deve ser interpretado restritivamente (CPC, art. 293). *Como desdobramento deste princípio temos o princípio da correlação ou congruência* (CPC, art. 460), impedindo o Juiz de proferir sentença de natureza diversa do pedido, bem como condenar o réu em objeto diverso do que lhe foi demandado. *Considerando, porém, as particularidades das ações previdenciárias também já foi decidido que: “A sentença que concede auxílio-doença, quando o pedido inicial é de aposentadoria por invalidez não é extra petita, pois aquele benefício é um minus em relação a este (...)”.*<sup>71</sup> (destaques nossos)

71 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 206-207.

E que *não se confunda tal concepção*, moderna e abrangente, com o entendimento antigo da jurisprudência brasileira de concessão do auxílio-doença quando requerida a aposentadoria por invalidez ao argumento de que *aquele representaria um minus em relação a este*<sup>72</sup> – entendimento restrito unicamente a tal hipótese.

Isso porque, repita-se à exaustão, a análise dos benefícios previdenciários por incapacidade sob o enfoque dos direitos humanos fundamentais de segunda geração (direitos sociais) nos leva necessariamente ao caráter de *fungibilidade* entre os três benefícios, *independentemente do requerimento formulado e do grau e extensão da incapacidade laboral exigida para a caracterização de cada qual, portanto, a abarcar as três espécies* – aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente – e não unicamente o caso abrangido pelo entendimento supra mencionado.

E, para demonstrar que tal noção *abarca o benefício previdenciário de auxílio-acidente*, não obstante seu caráter – meramente ancilar – indenizatório, confira-se o entendimento de há muito sedimentado em sede do Colendo Superior Tribunal de Justiça por meio do Recurso Especial nº 226.958/ES, Relator Min. Gilson Dipp, DJ de 05/03/2001, nos termos do elucidativo voto condutor do V. Acórdão:

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (RELATOR):

Consoante se verifica dos autos, o acórdão recorrido julgou que, *formulado pedido de aposentadoria por invalidez, mas não atendidos os pressupostos para o deferimento deste benefício, não*

72 “Há entendimentos no sentido que o auxílio-doença pode ser concedido, judicialmente, mesmo quando o pedido inicial tenha sido de aposentadoria por invalidez, não se configurando julgamento *extra petita*. Considera-se, no caso, que o auxílio-doença é um minus em relação à aposentadoria por invalidez”. (SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Sinopses jurídicas: direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180, destaques nossos)

*caracteriza julgamento extra petita a decisão que, constatando supridos os requisitos para o direito ao auxílio-acidente, concede em juízo esse benefício. Assentam as razões da decisão atacada, verbis:*

“Ao analisar a preliminar de julgamento *extra-petita*, ressaltou a razão à apelada quando afirma que não há vício da sentença quando a decisão proferida corresponde a um ‘minus’ em relação a ambas as pretensões em conflito, nem se julgada procedente em parte a ação, porque no pedido mais abrangente se inclui o de menor abrangência, constituindo este, inclusive, trecho de entendimento já pacificado pelo Excelso Pretório, conforme RTJ 86/367.

É o que ocorre, tal como nos autos, quando se postula aposentadoria por invalidez e a sentença reconhece o auxílio-acidente.” (v. acórdão de fls. 213)

Ao que se vê, o *acórdão recorrido guarda perfeita sintonia com a jurisprudência da Corte, sendo certo que na espécie julgamento extra petita não houve, inexistindo qualquer ofensa ao art. 460 do CPC, litteris:*

“ACIDENTE DE TRABALHO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - AUXÍLIO-ACIDENTE - CUMULAÇÃO - JULGAMENTO *ULTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA.

1. Não ha vedação legal à percepção cumulativa de aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente, eis que os benefícios em causa, além de apresentarem fatos geradores diversos, derivam de infortúnios diferentes.

*Nas demandas de acidente de trabalho, dado o caráter social da lei de infelizmente deduzida em juízo pretensão genérica de indenização, comprovado o evento lesivo e o nexos etiológico com a atividade laborativa, cabe ao juiz enquadrar a hipótese na previsão legal consentânea, em ordem a determinar o benefício cabível. (destaquei)*

Recurso improvido.”

(REsp 5.497/SP, DJ 28/08/95, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

“PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-DOENÇA - DECISÃO *EXTRA PETITA* - INOCORRÊNCIA.

- Em sendo acolhido o pedido na sentença, ainda que em parte, não há julgamento *extra petita*.

- Recurso não conhecido.”

(REsp 177.269. DJ 01/08/2000, Rel. Min. Hamilton Carvalhido)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto. (destaques nossos)

Por fim – mas não menos importante –, é certo que o entendimento ora defendido *não implica*, de forma alguma, *em violação às garantias constitucionais do devido processo legal* (art. 5º, LIV) e *do contraditório e da ampla defesa* (art. 5º, LV), uma vez que a defesa do réu no processo judicial estará sempre calcada na *ausência da incapacidade laboral*, e não em minudências acerca de seu grau e/ou extensão – tecnicismos manifestamente insuficientes à efetivação da defesa pelo réu.

Isso em razão do: i) “*princípio da eventualidade*”,<sup>73</sup> prescrito pelo artigo 300 do Código de Processo Civil, pelo qual “*Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir*” (destaques nossos); ii) “*ônus da impugnação especificada dos fatos pelo réu*”,<sup>74</sup> prescrito pelo artigo 302 do Código

de Processo Civil, pelo qual “*Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial*”. (destaques nossos)

Ou seja, a garantia constitucional da ampla defesa não representa “carta branca” ou garantia absoluta ao réu, mas antes deve ser exercida dentro de parâmetros e contornos muito bem delineados dentro do sistema processual civil pátrio.

Tal entendimento representa, ademais, uma *interpretação sistemática* dos direitos humanos fundamentais e respectivas garantias constitucionais (autor) em cotejo com as garantias do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (réu), *dentro da dialética autor-réu presente no processo judicial*.

## 10. Considerações finais.

Acreditamos ter demonstrado, ao longo da exposição, que os benefícios previdenciários de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente devem ser entendidos e analisados sob a ótica de *espécies integrantes de uma categoria única*, qual seja, *dos benefícios previdenciários por incapacidade, como prestação estatal devida em razão da existência da contingência social* (risco social) “*incapacidade laboral*”, não obstante possuírem eventos deflagradores diversos (invalidez, doença e acidente, respectivamente).

Isso porque a *Previdência Social representa um conjunto de direitos humanos fundamentais de segunda geração* (direitos sociais), de formulação bastante recente (primeira metade do século XX), por meio do

73 “*Princípio da eventualidade*. Por este princípio, o réu deve alegar, na contestação, todas as defesas que tiver contra o pedido do autor, ainda que sejam incompatíveis entre si, pois na eventualidade de o juiz não acolher uma delas passa a examinar a outra. Caso o réu não alegue, na contestação, tudo o que poderia, terá havido *preclusão consumativa*, estando impedido de deduzir qualquer outra matéria de defesa depois da contestação, salvo o disposto no CPC 303. A oportunidade, o *evento processual para que ele possa defender-se, é a contestação*”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 493, destaques nossos)

74 “Além do ônus de defender-se, o réu tem, no sistema de nosso Código, o *ônus de impugnar especificadamente todos os fatos arrolados pelo autor*. (...) É, de tal sorte, *ineficaz a contestação por negação geral, bem como ‘a que*

*se limita a dizer não serem verdadeiros os fatos aduzidos pelo autor*’. Diante do critério adotado pela legislação processual civil, os fatos não impugnados precisamente são havidos como verídicos, o que dispensa a prova a seu respeito”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 416, destaques nossos)

qual se busca garantir um *mínimo de padrão de dignidade e de qualidade de vida para os trabalhadores*, os quais constituem os beneficiários maiores de tais direitos.

E, como direitos humanos fundamentais de segunda geração, representam *deveres estatais de prestação*, ou seja, de *auxílio material por parte do Estado* (prestações positivas; “fazer”), cuja efetivação depende, à evidência, de recursos financeiros e materiais, sendo uma das razões pelas quais alguns dos temas atuais em Direito Constitucional mais em voga são os atinentes à *reserva do possível* e ao *ativismo judicial*.

A natureza jurídica de direitos humanos fundamentais também evidencia a necessária observância – pelo Estado implementador dos direitos sociais e pelo Estado-Juiz garantidor de tais direitos – *dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito*, estampados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

Também se deve ter mente os *vetores da aplicação imediata* e da *máxima efetividade* em termos de *amplitude e eficácia dos direitos humanos fundamentais*, bem como a regra de hermenêutica da *vedação do retrocesso* em relação a essa matéria, todos assegurados pela Lei Maior brasileira por meio dos comandos contidos em seu artigo 5º, §§ 1º e 2º.

Procuramos demonstrar, outrossim, que a Ordem Constitucional de 1988 *inova* em termos de fixação de *meta-princípios* (art. 194, parágrafo único) a serem utilizados exatamente na busca do *equacionamento desta constante tensão* entre o caráter “*programático*” na implementação dos direitos sociais – dentre os quais se encontra o direito à previdência social – e a necessária efetivação dos direitos humanos fundamentais, como normas de *aplicabilidade imediata*.

E, dentro do sistema de Seguridade Social, procuramos demonstrar que, em razão da natureza jurídica de direitos humanos fun-

damentais de que se revestem os direitos aos benefícios da Previdência Social, é certo que *cada evento social* prescrito pela Constituição Federal – e mesmo pela legislação infraconstitucional ou pelos tratados internacionais (art. 5º, § 2º, da CF) – possui um necessário correlato em termos de *contingência social* (risco social) a ser protegida pelo Estado, sendo certo que: *i) dois ou mais eventos* prescritos podem se referir a uma *mesma contingência social*; *ii) uma mesma contingência social* pode dar origem a *mais de uma modalidade de prestação estatal*.

É o que ocorre com os benefícios previstos em nosso regime geral de previdência social (RGPS) decorrentes do risco social “*incapacidade laboral*” – por isso enquadrados a nosso ver dentro de uma mesma categoria (gênero), em razão da *origem comum* – a saber: *i) aposentadoria por invalidez*; *ii) auxílio-doença*; *iii) auxílio-acidente*.

E foi de tal origem comum que buscamos extrair a real natureza jurídica – única – dos benefícios previdenciários por incapacidade (*identidade ontológica*), bem como o inerente *caráter de fungibilidade (intercambialidade) entre os três benefícios prescritos*.

Como decorrência lógica de tais postulados – origem ontológica comum e natureza jurídica de direitos humanos fundamentais, de segunda geração – buscamos demonstrar que, na *esfera judicial*, deve *prevalecer o caráter de fungibilidade* entre estes benefícios, *concedendo-se aquele que restar demonstrado da análise dos elementos probatórios constantes dos autos*, em detrimento dos princípios processuais da inércia da jurisdição e da correlação entre o pedido e a sentença (congruência), os quais não possuem amplitude e alcance tais de molde a mitigar a aplicação e efetivação dos direitos constitucionais fundamentais previstos em nossa Carta Magna.

Isso em razão exatamente da *necessária prevalência dos direitos humanos fundamentais*, como um dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil como Estado

Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da CF), com aplicação imediata e máxima eficácia garantidas expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, §§ 1º e 2º), além da questão atinente à vedação do retrocesso em matéria de direitos humanos fundamentais.

Tal afirmação não implica, de forma alguma, em violação às garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), uma vez que a defesa do réu no processo judicial está calcada na ausência da incapacidade laboral – e não em minudências acerca de seu grau e/ou extensão.

Por fim, acreditamos ter comprovado que tais valores restaram assegurados no bojo da jurisprudência pátria erigida em sede do Colendo Superior Tribunal de Justiça, como órgão jurisdicional máximo unificador da interpretação da legislação infraconstitucional – de onde se extraem os requisitos e mecanismos operacionalizadores dos benefícios em questão – não obstante a construção levada a efeito tenha sido mais intuitiva do que técnico-científica, conforme verificado por meio dos julgados paradigmas transcritos nesta obra.

Logo, o escopo maior do presente trabalho foi a tentativa de se estabelecer um *embasamento técnico-científico ao caráter de fungibilidade entre os benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente presente nas lides previdenciárias*, a partir da perquirição da *real e verdadeira natureza jurídica* de tais benefícios.

E foi somente a partir de tal construção é que se pôde chegar às conclusões ora lançadas no presente trabalho, inclusive, de que a *origem de sua natureza jurídica é constitucional* e, portanto, *pode e deve ser devidamente analisada e tutelada pelo Pretório Excelso* – o que, aliás, restou reconhecido pela mais alta corte do país recentemente em outras oportunidades, quando da análise e solução de questões a envolver, por exemplo, o *cálculo da RMI do benefício de aposentadoria por invalidez decorrente da mera transformação de anterior auxílio-doença* (RE 583.834/SC, Rel. Min. Ayres Britto) ou a *aplicação dos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03* (RE 564.354/SE, Rel. Min. Cármen Lúcia).

Ou seja, a percepção de que os benefícios previdenciários integram um rol de direitos e garantias fundamentais, de origem constitucional, tem sido cada vez mais aceita e difundida na doutrina e jurisprudência pátrias.

Percepção esta que, a nosso ver, abre um leque imenso de perspectivas e possibilidades em termos de garantia e efetivação dos direitos humanos fundamentais na seara previdenciária, inclusive em termos de melhor conceituação, entendimento e proteção, não obstante tenhamos consciência das grandes dificuldades existentes ainda hoje em termos de efetivação dos direitos humanos fundamentais de índole social, nos planos interno e internacional.

## Referências bibliográficas.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Legislação previdenciária comentada*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

\_\_\_\_\_; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2001.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Niterói: Ímpetus, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: v. IV. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PICELI, Eros. *Direito previdenciário e infortúnica*. São Paulo: CPC Livraria, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Sinopses jurídicas: direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*: v. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

