



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JOÃO PAULO FERNANDES FARIAS

BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS E PREVIDENCIÁRIOS AO PORTADOR
DE HIV

SOUSA - PB
2010

JOÃO PAULO FERNANDES FARIAS

BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS E PREVIDENCIÁRIOS AO PORTADOR
DE HIV

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira.

SOUSA - PB
2010

JOÃO PAULO FERNANDES FARIAS

BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS E PREVIDENCIÁRIOS AO PORTADOR DE HIV

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^ª. MS. Maria do Carmo Elida Dantas Pereira

Banca Examinadora:

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Orientadora: Prof^ª. MS. Maria do Carmo Elida Dantas Pereira

Examinador

Examinador

As fontes de onde emanam minhas forças:
Deus, minha família e meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Ao pai celestial no qual acredito, e que aqui me trouxe e sei que será sempre meu condutor pelas veredas da vida, rumo ao meu sonhado horizonte.

Com profundo amor, emoção, carinho, respeito e admiração aos meus pais: José de Anchieta Farias e Maria de Fátima Aleixo Fernandes Farias pela inspiração, força, incentivo, como também pela garra, esforços, noites de preocupadas e mal dormidas. Enfim, pela minha vida por tudo que hoje sou e pelo que ainda sei que serei.

Aos meus irmãos Anália Cibelle F. Farias e Anchieta Júnior, pelo apoio por acreditar em mim e por me permitirem tentar ser para eles ponto de referência e me deixar sempre mostrar o melhor caminho a seguir.

A toda minha família paterna e materna que ainda estão aqui presentes e aqueles que já se foram, pelo carinho, por acreditar, torcer e vibrar com minhas vitórias sou a vocês muito grato.

A Sarita Ramalho Moreira, pela amizade, companheirismo, pelo aprendizado mútuo, pela dedicação, pela paciência e pelo amor. Assim, como a toda sua família, que tão bem me acolheu nesta etapa de vida longe de minha terra.

Aos companheiros de sala e de faculdade e todas as boas e sinceras amizades que fiz, aos amigos com quem convivi sob o mesmo teto, a todos minha gratidão por momentos que jamais esquecerei.

Aos colegas de escritório que em pouco tempo, muito contribuíram para meu crescimento pessoal e profissional.

Sem esquecer, aqueles que torceram por minha derrota ou tristeza, pois certo estou que tudo foi canalizado em força e vontade de seguir sempre em frente.

A minha orientadora e a todos os mestres e funcionários do CCJS, esta casa, suas salas, bancos e corredores jamais sairão do meu coração e da minha lembrança.

Por fim, tenho muito a agradecer a todos que contribuíram nesta inesquecível e que será saudososa jornada, a gratidão é uma dádiva dos céus, que me foi concedida, quem por mim fez, se sentirá presente nestas singelas linhas.

O Direito não é nada, além do mínimo ético.

(Georg Jellinek)

RESUMO

Os benefícios assistenciais e previdenciários são instrumentos de justiça social de importância ímpar no contexto do direito brasileiro, pois cuidam da proteção de indivíduos em risco social, dentre estes indivíduos estão os portadores de HIV, sujeitos que ainda padecem no meio social e trabalhista de forte preconceito. Desse modo, a problemática que se apresenta é a possibilidade da concessão desses benefícios não esteja de forma tão exagerada vinculada ao parecer médico, que vem se tornando fator decisivo nestas concessões. Assim, o objetivo geral deste trabalho é analisar os portados de HIV como parte hipossuficiente e desprotegida no meio laboral, diante do preconceito e estigma da doença. Como também, tenta demonstrar a possibilidade do soropositivo receber os benefícios assistenciais e previdenciários, por estarem assegurados na Constituição Federal de 1988 e na legislação ordinária. Para tanto, como método de pesquisa usa-se o indutivo, partindo de dados específicos, com o objetivo de se alcançar conclusões mais abrangentes. Além disso, utiliza-se da técnica de pesquisa por meio de documentação indireta, com a pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica. Contudo, a partir da interpretação aprofundada da Constituição Federal de 1988 e do ordenamento jurídico buscará a eficácia da norma em detrimento do exagero legalista.

Palavras-chave: HIV/AIDS. Benefícios Assistenciais e Previdenciários. Laudo Médico Pericial.

ABSTRACT

Welfare and assistance benefits are instruments of social justice of unique importance in the context of Brazilian law as assist in the protection of individuals at social risk, these individuals are among those with HIV, individuals who still suffer from the social and labor with a strong bias . Thus, the issue presented is the possibility of awarding these benefits is not so heavily tied to medical opinion, which is becoming a decisive factor in these awards. Thus, the purpose of this study is to analyze the ported as part of HIV hipossuficiente and unprotected in the workplace, before the prejudice and stigma of the disease. As well, attempts to demonstrate the possibility of HIV-positive receive welfare benefits and social security are insured by the Federal Constitution of 1988 and in ordinary legislation. To do so, as the research method we use the inductive method, starting with specific data, with the aim of reaching conclusions more comprehensive. In addition, it uses the technique of research through indirect documentation, research documents and literature. However, from the detailed interpretation of the Constitution of 1988 and seek the legal effectiveness of the rule at the expense of legalistic overkill.

Keywords: HIV / AIDS. Assistance benefits and Social Security. Medical Report Expert.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 NOÇÕES GERAIS SOBRE HIV/AIDS | 12 |
| 2.2 ESTABILIDADE | 18 |
| 2.3 SOROPOSITIVO E AIDÉTICO | 24 |
| 2.4 DESPEDIDA ANTES DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE | 25 |
| 3 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS POR INCAPACIDADE | 28 |
| 3.1 AUXÍLIO-DOENÇA | 28 |
| 3.2 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ..... | 33 |
| 3.3 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL – LOAS | 38 |
| 4 PERICIA MÉDICA | 42 |
| 4.1 CONCEITO | 42 |
| 4.2 LAUDO PERICIAL | 44 |
| 4.3 CONCESSÃO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... | 46 |
| 4.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL | 48 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 54 |

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe a ideologia do princípio da dignidade da pessoa humana logo em seu primeiro artigo, bem como traz a República Federativa do Brasil com a natureza de um Estado Democrático de Direito, em prol da formação de uma sociedade mais justa e equânime.

Antes da promulgação da Constituição Cidadã, o mundo conheceu o *Human Immunodeficiency Virus – HIV, Acquired Immune Deficiency Syndrome - AIDS*, que em pouco tempo dizimou pessoas por todo mundo, um mal que já surgia eivado de preconceito e estigma apontado como uma moléstia de homossexuais e prostitutas.

Decorridos quase três décadas dos primeiros casos do HIV/AIDS ainda não foi encontrada a cura, mas são inegáveis os avanços médicos na área, no entanto, ainda pode ser observada as marcas sociais da através do preconceito.

Trata de uma doença que acarreta reflexos no Direito nas mais variadas áreas, todavia este trabalho acadêmico, focar-se-á no tocante a Seguridade Social e com suas ligações na seara trabalhista, civil processualista, e ainda, da medicina legal, visto que estes ramos são base para a concessão dos benefícios assistenciais e previdenciários ao portados de HIV.

O objetivo geral deste trabalho é analisar o portador de HIV como hipossuficiente frente ao mercado de trabalho perante o preconceito e o estigma da doença. Além disso, buscar-se-á provar a possibilidade do portador de HIV usufruir dos benefícios assistenciais e previdenciários constitucionalmente previstos.

Este trabalho destaca-se pela relevância jurídica no tocante a interpretação aprofundada da Constituição Federal de 1988 e das leis infraconstitucionais em busca do bom direito e da vontade real do legislador, em detrimento do exacerbado apego à letra seca da lei.

Adotar-se-á o método de pesquisa detutiva através do qual parte-se de dados particulares, objetivando conclusões mais amplas. Utilizou-se ainda da técnica de pesquisa mediante documentação indireta, com a pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica.

Será abordado no capítulo inaugural o conhecimento do HIV/AIDS, em seus aspectos históricos e um breve conhecimento clínico do tema, bem como sua ligação no âmbito trabalhista que é ponto de ligação para a área previdenciária, que

juntamente com a Lei orgânica de amparo social contribuem para o desenvolvimento da pesquisa.

No capítulo seguinte, analisar-se-á o estudo dos benefícios previdenciários e assistencial direcionadas ao portador de HIV, abordando a carência de cada um, requerimento, qualidade de segurado e cessação.

No último capítulo abordar-se-á o conceito de perícia médica, e laudo médico, e ainda, sua importância para o direito e para a concessão de benefícios da seguridade social. Também estudar-se-á os benefícios a serem concedidos à luz do Código de Processo Civil, dando enfoque a liberdade do magistrado ante o parecer médico, com base no princípio do livre convencimento motivado do juiz. Assim, trará este trabalho à importância deste princípio, para o direito como um todo e em especial para a concessão dos benefícios da seguridade social ao portador de HIV.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE HIV/AIDS

A seguridade social é compreendida como um conjunto de ações dos poderes públicos e da sociedade destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência social e à assistência social. Para a manutenção de um sistema de proteção social, a Constituição Federal de 1988 – CF/88 estabeleceu um modelo misto de financiamento no seu art. 195, segundo o qual a seguridade social será mantida por toda a sociedade, com recursos provenientes do orçamento fiscal, bem como por meio de imposições e de contribuições sociais.

A assistência social foi inserida na CF/88 nos artigos 203 e 204, e regulamentada pela Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS). A luz destes ditames e de todos seus pressupostos de dignidade humana, em difícil situação encontra-se o portador de *Human Immunodeficiency Virus* - HIV, que mesmo diante de campanhas de conscientização a respeito do assunto, ainda é grande e massificado o preconceito para com os portadores da síndrome.

Logo, estes se encontram em posição desvantajosa frente ao mercado de trabalho, tornando-se dificultosa e por muitas vezes impossível à própria manutenção, ficando assim, a margem da sociedade. Não raramente os portadores de HIV buscam apoio estatal, como único meio de manter-se de maneira digna e honrosa. No entanto, o legislador infraconstitucional não observou os critérios múltiplos e subjetivos para a concessão dos benefícios a estes, ficando atrelado apenas a requisitos objetivos.

Os primeiros registros de *Acquired Immune Deficiency Syndrome* - AIDS foi notificado nos Estados Unidos em 1981, em Los Angeles e Nova York, onde homossexuais masculinos estavam sofrendo de tipos raros de pneumonia e câncer, na mesma época casos idênticos se deram na França. Sendo denominada de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA, pois enfraquecia todo o organismo humano deixando-o com baixa resistência.

Em 1983, cientistas franceses isolaram e identificaram o vírus causador da AIDS, a sigla HIV só foi definida em 1986 pela organização Mundial Saúde (OMS), visto a falta de consenso entre cientistas americanos e franceses. Deste momento, em diante a AIDS passou a ser um dos males da saúde mais pesquisados do mundo.

Para Barbosa (2009, p. 26) a AIDS ou Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, não deve ser considerada como uma doença, moléstia, enfermidade ou afecção, mas sim, como uma série de sintomas e manifestações causadas pela infecção crônica do organismo humano, assim qualquer desses termos pode ser utilizado. Barbosa (2009, p. 22), ainda informa que:

Segundo previsão do Banco Mundial, ligado à Organização das Nações Unidas - ONU, o Brasil, teria 1.200.000 pessoas infestadas pelo vírus HIV até o ano de 2000. No entanto, desde 1997, foi observada uma relativa estabilização nos casos de infecção por HIV no Brasil, e o número de infectados No país em 2002 era de aproximadamente 600.000. Em relação à AIDS, dados do Governo Federal mostram que, entre 1980 - 2004, foram registrados 362.364 casos, apontando para a estabilização, apesar dos números ainda elevados. Em 2003, foram diagnosticados 32.247 novos casos, o que representa uma taxa de 18,2 casos por 100 mil habitantes. Essa tendência de estabilização é observada na população masculina, que registrou, em 2003, 22,6 casos por 100 mil homens, inferior a 1998, de 26,3 por 100 mil. Em relação à população feminina, observa-se um crescimento, tendo sido registrada a maior taxa de incidência em 2003, 14,0 casos por 100 mil mulheres.

Percebe-se uma forte tendência de aumento da incidência de AIDS entre as mulheres em todas as regiões do país, exceto o sudeste, apresentado em 2003, taxa de incidência cada vez menor, já em relação à população masculina, é perceptível a estabilização, tendo em vista que a transmissão via drogas injetáveis decresceu. Em relação aos homossexuais as taxas continuaram estáveis, logo, verificou-se o crescimento somente em relação aos que se declararam heterossexuais.

Dados do Governo Federal demonstram que a AIDS vem atingindo de maneira mais incisiva, pessoas com menor nível escolar em especial mulheres, *on line*:

Embora as informações sobre raça/cor somente passam a ser registradas a partir de 2001, é interessante observar que, 2001 e 2004, mais de 60% dos casos de AIDS masculinos foram considerados brancos, sofrendo pouca variação no período analisado; já entre as mulheres, observa-se redução na proporção de casos na raça/cor branca, compensada pelo aumento na proporção de casos na parda, de 25%. A mortalidade por AIDS foi maior em 2003 do que registrada em 2002, com 11.276 óbitos. A taxa de mortalidade permaneceu estável em 6,4 óbitos por 100 mil habitantes e em 8,8 por 100

mil homens, mas manteve a tendência crescente entre as mulheres e nas Regiões Sul, Norte e Nordeste.

Dessa forma, a AIDS é considerada a primeira epidemia internacional da era moderna dos direitos humanos, nestas quase três décadas ainda é enfrentada com forte preconceito e discriminação, carecendo então, de aprofundamento no estudo de seus reflexos sociais, no intuito da criação de ferramentas para a proteção destes indivíduos.

2.1 CONCEITO E INTERDISCIPLINARIDADE

A infecção do sujeito se dá por meio do HIV, que atua no sistema imunológico, impedindo o organismo de executar suas funções de maneira normal, tornando o corpo infectado desprotegido aos ataques de agentes externos como vírus, bactérias e células cancerígenas.

A AIDS ataca diretamente o sistema imunológico, tornando o tratamento mais difícil, à medida que a enfermidade evolui, como o sistema imunológico se degrada e o indivíduo portador de HIV se torna vulnerável a infecções e tumores, que por sua vez levam a óbito, *on line*:

Sua evolução pode ser dividida em 3 fases: infecções aguda, que pode surgir algumas semanas após a infecção inicial, com manifestações como febre, calafrios, sudorese, mialgias, cefaléias, dor de garganta, sintomas gastrointestinais, linfadenopatias generalizadas e erupções cutâneas. A maior parte dos indivíduos apresenta sintomas autolimitados. Entretanto, a maioria não é diagnosticada devido à semelhança com outras doenças virais. Em seguida o paciente entra em uma fase de infecção assintomática de duração variável de alguns anos. A doença sintomática, da qual a AIDS é a sua manifestação mais grave, ocorre na medida em que o paciente vai apresentando alterações da imunidade, com o surgimento de febre prolongada, diarréia crônica, perda de peso importante (superior a 10% do peso anterior do indivíduo), sudorese noturna, astenia e adenomegalia.

No tocante a transmissão do vírus da AIDS, esta poderá ocorrer de três formas: Sexual; via corrente sanguínea (Hemoderivados); e de forma vertical, que é

a passagem de mãe para filho, no período gestacional, ou ainda, por parto e aleitamento. A ação do vírus HIV ataca o sistema imunológico, logo quando detectado sua presença no organismo inicia a produção de anti-corpos, anti-HIV, como bem explica Barbosa (2009, p. 30).

De modo geral, o processo de produção de anticorpos pode ser iniciado com até duas semanas de retardo, contadas a partir da contaminação, estendendo-se até três ou quatro meses após o momento do contágio. Esse intervalo de tempo ocorre na grande maioria dos casos, cerca de 98%. Esse período é conhecido popularmente como "janela imunológica", ou soro conversão. Em casos mais raros, o período de soro conversão pode ser de até seis meses. O que se sabe é que, desde o contágio, ou seja, do momento em que o vírus entra no organismo humano, ocorre uma reação das células de defesa, tão logo tenham identificado e localizado a presença do vírus. Inicia-se aí, um processo de embate entre a carga viral e as células imunológicas do organismo, na busca de manter a imunidade corporal em equilíbrio. Esse ciclo se repete até que o sistema imunológico, desorganizado, não consiga mais desempenhar seu papel de defesa do organismo contra o ataque dos agentes causadores de doenças, o que se traduz na condição de imunodeficiência. O organismo, debilitado e incapaz de se proteger contra o ataque dos agentes causadores de doenças, fica vulnerável a uma série de infecções, as já mencionadas doenças oportunistas, que se aproveitam do fato de o sistema imunológico estar desorganizado, para manifestarem. No período de soro conversão, é comum ocorrer no indivíduo um processo infeccioso, que normalmente passa despercebido, enquanto o HIV vai se alojar dentro das células do sistema de defesa, iniciando seu processo de reprodução. Durante esse período, diz-se que o indivíduo, é portador assintomático do HIV. O exame nem sempre é positivo e, mesmo que fosse, nesse período a pessoa está tão bem quanto qualquer outra não contaminada, mas também pode transmitir o vírus, ao se envolver em situações de risco.

Sabe-se que, grande parcela dos indivíduos desenvolve doenças não levam diretamente a morte, essas doenças que devido a falta de organização do sistema imunológico constituem um quadro clínico característico da AIDS, e apresentam sinais clínicos, como gânglios inflamados, fadiga, perda brusca de peso, febres intermitentes, diarréias, tosses persistentes e suores noturnos. Quanto mais debilitado estiver o sistema imunológico, o indivíduo terá cada vez mais chances de desenvolver a AIDS, podendo o processo que em média levaria de oito a dez anos ser acelerado em casos de reinfecção por uma carga viral mais potente e danosa ao organismo.

Em relação à certeza do diagnóstico Barbosa (2009, p. 31), explica que o diagnóstico definitivo só é admitido por testes laboratoriais que detectem no sangue

do paciente a presença de anticorpos contra o HIV, estes podem ser detectados em média doze semanas após a contaminação, logo o período de “janela imunológica” é o grande responsável pelos casos de exames com resultados negativos falsos, tendo em vista que o organismo ainda não teve tempo suficiente para produzir os anticorpos anti-HIV.

Atualmente, no mercado nacional existem dois testes mais difundidos os testes Elisa e Western Blot. O primeiro é largamente utilizado em face de seu menor custo, o segundo tipo por ser mais caro é geralmente utilizado como reexame, geralmente quando o Elisa apresenta-se positivo.

Em relação ao tratamento da enfermidade, houve uma evolução sem precedentes na história da medicina, mas ainda não se alcançou a cura, os tratamentos mais comuns são as drogas inibidoras da replicação do HIV, usadas em associação com outros medicamentos.

A Lei 7.649, de 25.01.1988, tinha como mister à proteção dos pacientes e obriga a realização de testes de HIV e, materiais recolhidos para fins de transfusão de sangue e derivados em hospitais, maternidades, bancos de sangue e centros homeopáticos, assim determina a lei.

Art.1º os bancos de sangue, os serviços de homeopatia e outras entidades afins ficam obrigados a proceder ao cadastramento dos doadores e a realizar provas de laboratório visando prevenir a propagação de doenças transmissíveis através do sangue ou de suas frações (...). Art.3º As provas de laboratório referidas no art.1º desta Lei incluirão, obrigatoriamente, aquelas destinadas a detectar as seguintes infecções Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas, Malária e Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).

A simples iniciativa legislativa foi relativamente tardia, pois a medida poderia em momento anterior ter evitado a propagação de inúmeros casos, tendo em vista que depois da vigência da Lei nº 7.649/1988 o número de transmissão do vírus via transfusão sanguínea foi reduzido de forma expressiva, já que em 1990, foram registrados 243 óbitos de pessoas infectadas por sangue com apenas 2 no ano de 2002. Ainda no mesmo ano, foi promulgada a Lei nº 7.670, de 08.09.1988, onde ampliou aos portadores do vírus HIV e aos doentes de AIDS, certos benefícios, tais como: autorização de saque do fundo de garantia por tempo de serviço – FGTS, livre

da obrigatoriedade de rescisão do contrato de trabalho, auxílio-doença e aposentadoria, independentemente do período de carência, para os segurados que contraíssem a doença posteriormente ao filiar-se ao regime geral de previdência social - RGPS.

Seguindo a linha dos benefícios previdenciários, grande novidade se deu com a Lei 8.312, de 24.07.1991, que trata dos planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências, onde no art. 151 estabelece a garantia de concessão de auxílio-doença aos inscritos no RGPS, isentos de carência aos doentes de AIDS.

Em relação às práticas discriminatórias o legislador pátrio avançou com a Lei nº 9.029, de 13.04.1995, que proíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização, e dá outras providências, para fins de admissão ou ainda de permanência da relação jurídica de trabalho.

Todavia, no direito pátrio o grande avanço ocorreu com a Lei 9.313 de 13.12.1996, que obrigou o SUS - sistema único de saúde, a garantia de fornecimento gratuito de toda e qualquer medicação ao controle da doença. Observa-se no artigo 1º desta lei que: "Os portadores de HIV e doentes de AIDS, receberão gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento".

É a partir deste conjunto de lei que é possível compreender a dimensão da importância no direito em prol dessas pessoas, vale lembrar que a Lei nº 9.656, de 03.06.1998, obrigou a inclusão da AIDS na lista das enfermidades que devem ser obrigatórias o seu tratamento pelos planos de saúde.

Hoje, existem na Câmara dos Deputados Federais por volta de 60 projetos de Lei ativos envolvendo os mais diversos âmbitos do Direito, em prol da proteção e garantia aos portadores de HIV/AIDS, como aborda Barbosa (2009. p. 40):

Dentre os projetos de lei mencionados acima, um que merece destaque é o de n. 6.124/05, da Senadora Serys Slhessarenko, que define os crimes resultantes de discriminação ao portador do vírus HIV ou ao doente de AIDS, e dá outras providências, que se encontra pronto para pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. No entanto, ressalte-se que alguns projetos de lei apresentados com o intuito de favorecer os portadores do HIV/AIDS foram arquivados pelos mais variados motivos. Um exemplo é o projeto de Lei 876/03, que dispunha "*sobre a concessão de cestas básicas aos portadores de AIDS*" arquivado em 29.04.2005. Ora não há dúvidas de que projetos de lei como esse, de doação de cestas básicas a portadores de HIV/AIDS. Se aprovados iriam garantir assistência social a

determinados grupos de pessoas, em indubitável demonstração de discriminação, além de estar, de certa forma, roubando-lhes sua dignidade.

De forma gradativa o legislador pátrio cria um conjunto de normas com o intuito de proteger e resguardar os direitos e garantias desses indivíduos, mesmo com toda evolução legislativa, não é ainda suficiente, já que como visto alhures a parcela de pessoas infectadas está nas camadas mais pobres e desprotegidas, carecendo assim, de uma maior intervenção do Direito e por reflexo do Estado.

2.2 ESTABILIDADE

Ao longo da história as lutas laborais se deram em prol da percepção de garantias aos trabalhadores, para que os trabalhadores não ficassem a mercê das vontades e arbitrariedades dos patrões de forma inegável o Direito em seus mais variados ramos contribui para a consolidação de inúmeras garantias, dentre elas de suma importância é a estabilidade empregatícia.

Com efeito, assevera Russomano (*apud* ALMEIDA, 2009, p. 110):

O instituto da estabilidade é a garantia dada por lei, de que o empregado não mais poderá ser despedido pela livre vontade do empregador, nem e mesmo mediante o pagamento de indenização – Porque aqueles casos são excepcionais e caberão, apenas, quando a Consolidação o permitir.

No mesmo sentido Nascimento (*apud* ALMEIDA, 2009, p. 110) esclarece:

Estabilidade é o direito de não ser despedido. É a garantia de ficar no emprego, perdendo-o unicamente se houver uma causa que justifique dispensa indicada por lei. Funda-se, portanto, no princípio da causalidade da dispensa. Destina-se a impedir a dispensa imotivada, arbitrária, abusiva”

Partindo de tais entendimentos é o contrato de trabalho espécie de contrato

sob condição potestativa de qualquer uma das partes. Logo, tanto o empregado como o empregador pode a qualquer tempo, dar por rescindido o contrato, exigindo-se apenas que tal rescisão seja antecedida de aviso prévio. Ressalta-se que, caso tal rescisão seja do empregador e inexistindo justa causa, este deverá pagar ao obreiro as respectivas verbas rescisórias. Sobre a Estabilidade Decenal Almeida (2009, p. 111) diz que, a primeira estabilidade a que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, fez menção foi a prevista no art. 492, denominada estabilidade decenal ou definitiva. Assim, o empregado que contava com mais de dez anos de serviço prestado para a mesma empresa adquiria o direito de não ser dispensado, salvo por falta grave, nos termos da lei.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 eliminou tal possibilidade que continuou somente para aqueles que tinham direito adquirido. Existem hipóteses de estabilidade provisória, é o que ocorre em várias formas como o Dirigente Sindical. A CLT conferiu proteção especial ao empregado do representante sindical, foi estabelecida para que este pudesse exercer suas funções com maior liberdade, isento de possíveis retaliações por parte do empregador; assim pode-se observar no § 3º do art. 543 da Lei trabalhista:

§3º Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave, devidamente apurada nos termos desta consolidação.

O art. 8º inciso VII da Constituição Federal de 1988 elevou a proteção à atividade sindical, ao dispor:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
VIII – É vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Logo, é imprescindível que o empregador seja comunicado da eleição do

empregado em 24 horas, como prescreve o § 5º do art. 543 da CLT, posição essa mantida pelo Tribunal Superior do Trabalho-TST. É necessário também, que o obreiro pertença à categoria diferenciada, eleito para cargo de direção sindical, bem como, goze dessa estabilidade se exercer, na empresa para a qual presta serviços, atividade da categoria para qual foi eleito conforme Súmula nº 369 do TST.

Para Almeida (2009, p. 113) a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA, obrigatória para as empresas que exploram atividades insalubres ou perigosas e que tenham mais de cinquenta empregados. A estabilidade dos membros desta comissão está prevista no art. 165 da CLT, que estabelece: Os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entende-se como a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

A Constituição Federal de 1988 ainda estabelece no inciso II, artigo 10 o seguinte:

Art.10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

[...]

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

Em complemento, o suplente da CIPA goza de garantia de emprego prevista no art. 10, II, a, do ADCT a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Com relação ao Acidente de Trabalho sofrido pelo obreiro o art. 118 da Lei nº 8.213/91 estabeleceu nova forma de estabilidade de emprego:

Art.118. O segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de 12 meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença, acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente

Desta forma, a estabilidade de 12 meses do trabalhador acidentado no trabalho tem início após a cessação do auxílio-doença. Caso não ocorra à

concessão do auxílio-doença, não poderá se falar em estabilidade.

Saraiva (2009, p. 308) explica que a única maneira de o obreiro fazer jus à estabilidade sem ter percebido o auxílio-doença acidentário é quando restar demonstrado, após a terminação do pacto de emprego, que o trabalhador era portador de doença profissional adquirida na execução do trabalho (súmula 378 do TST, segunda parte). Nessa hipótese, nos termos do art. 20, I, da Lei nº 8.213/91, a doença profissional é considerada uma espécie de acidente de trabalho. Em suma, o empregado acidentado que retornar do auxílio-doença somente pode ser dispensado se cometer falta grave, sem necessidade de inquérito para apuração de falta grave.

Ainda, na lição de Saraiva (2009, p. 309), os representantes dos obreiros no conselho curador do FGTS, efetivos e ainda os suplentes, tem direito à estabilidade, desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser dispensados por motivo de falta grave, devidamente apurada por meio de processo sindical, assim dispõe o art. 3º, § 9º da Lei nº 8.036/90.

Com relação aos empregados membros do Conselho Nacional de Previdência Social - CNPS, os representantes dos trabalhadores, que estiverem em atividade, titulares e suplentes, no CNPS terão direito à estabilidade, desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser dispensados por motivo de falta grave, regularmente comprovada por inquérito, conforme art. 3º, §7º da Lei nº 8.213/91.

O art. 55 da lei 5.764/71 estabelece que, os empregados de empresas eleitos diretores de sociedades cooperativas por estes criados, estarão protegidos pelas garantias asseguradas aos dirigentes sindicais. Logo, os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas são estáveis desde o momento do registro de suas candidaturas até um ano após o final do mandato, somente podendo ser dispensado se cometerem falta grave, apurada por ação judicial de inquérito para apuração de falta grave.

O art. 625-B, § 1º da CLT veda a dispensa dos representantes dos empregados eleitos membros da comissão de conciliação prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo o cometimento de falta grave, nos termos da lei.

No que se refere à gestante a Constituição Federal de 1988 dispõe no art. 10, II, b, do ADCT:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: (...) II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa (...) a) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Dessa forma, pode-se verificar que, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, tem estabilidade no emprego, não podendo sofrer despedida arbitrária ou sem justa causa, somente sujeita à dispensa por motivos de ordem técnica, econômica ou disciplinar.

É importante alertar para o fato de que é relevante apenas a confirmação da gravidez pela própria gestante, dispensado se o empregador tinha conhecimento do estado gravídico. Nestes termos, prevê a súmula 244/TST:

S.244/TST – Gestante. Estabilidade provisória I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III – Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

A idéia da Lei nº11.324, de 19 de julho de 2006, acrescentou à Lei nº 5.859/1972, o art. 4º- A, ao vedar a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

Contudo, ao empregador portador de HIV/AIDS não há no Direito Pátrio nenhuma norma que diretamente assegure a estabilidade a esses indivíduos, recorrendo à regra genérica do inciso I do art. 7º da Constituição Federal de 1988. Mesmo assim, o TST vem garantindo os direitos mínimos de estabilidade empregatícia aos portadores deste mal; com base fundamentada no Direito Constitucional a não – discriminação independentemente da natureza, reintegrando trabalhadores retirados dos quadros da empresa em vista da discriminação, *ex vi*:

Reintegração. Empregado portador do vírus HIV. Dispensa discriminatória. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da república Federativa do Brasil (art.3º, inc.IV) e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III), sobrepõe-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade de emprego. 3. arts. 1º, inc. III, 5º, caput e inc. II, e 7º, inc. I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece.

Destaque-se que, o poder de direção do empregador lhe dá a prerrogativa de organizar a empresa da melhor forma que o convier, mesmo que para isso seja caso de dispensar um ou outro trabalhador, assim o empregador não estará obrigado a manter um empregado pelo mero fato de ser portador de HIV/AIDS, como bem escreve Nascimento (2009, p. 478):

O que está em causa é o desvirtuamento, pelo empregados, do valor igualdade entre pessoas igualmente aptas para a ocupação. Não se caracteriza como a prática discriminatória a opção do empregador que tenha por base exigências próprias de uma função que não pode ser exercida por uma pessoa em decorrência de fatores pessoais ou distinções feitas em função da natureza da relação de trabalho e do tipo de atividade que a pessoa venha a exercer

Desta forma, fica evidente que frente à dispensa de um empregado portador de HIV/AIDS, deverá se observar, com o devido cuidado, se ocorreu de fato algum tipo de discriminação. Resta analisar, de quanto tempo seria a estabilidade de empregado portador de HIV e do doente de AIDS, se seria provisória ou por tempo indeterminado, quem bem explica é Barbosa (2009, p. 143):

Parece- nos que o mais coerente é considerarmos que, se o indivíduo é apenas portador do vírus HIV, chamado de portador assintomático, sem nenhuma interferência na capacidade laborativa, deve ter direito ao emprego por tempo indeterminado, como qualquer outro trabalhador. Deve ser rechaçada de forma inconteste a dispensa discriminatória face à outros fatores inerentes à relação de emprego, como, por exemplo, agir dando ensejo à demissão por justa causa, nos termos do art.482 da consolidação das leis do trabalho. Em contra partida, quanto aos portadores do HIV que

já manifestaram a AIDS e tenham comprovadamente sua capacidade laborativa afetada, parece-nos sensato que o tempo de direito à estabilidade seja durante o interstício entre o início da doença e sua aposentadoria por invalidez pelo sistema previdenciário, prevista no art. 151 da Lei 8.213/91.

Com o embasamento jurídico-doutrinário até aqui apresentado resta concluir que, se a empresa apresenta real necessidade de desligamento de funcionários frente às necessidades econômicas ou estruturais, poderá demitir quem quer que seja desde que a demissão não caracterize discriminação frente à doença.

Todavia, caso o empregado tenha direito a qualquer dos meios de estabilidade provisória ou se considere vítima de discriminação, poderá acionar a justiça do trabalho, que em análise ao caso concreto poderá tomar medidas previstas na legislação.

2.3 SOROPOSITIVO E AIDÉTICO

Decorridas quase três décadas do primeiro caso de AIDS, os órgãos do governo e a mídia nacional tem realizado campanhas de conscientização sobre esta doença, bem como em combate a discriminação. Mesmo assim, ainda é forte a discriminação em relação ao portador de HIV (soropositivo) e o doente de AIDS.

É de suma importância a diferenciação desses dois estágios da enfermidade, pois só assim torna-se eficiente o estudo da enfermidade e seus reflexos para o direito. A sigla AIDS tem origem na língua inglesa que significa: *acquired Immune Deficiency Syndrome*, traduzindo para a língua nacional, significa Síndrome da Imunodeficiência adquirida, utilizada desta forma em Portugal.

Na obra de Barbosa (2009. p, 29) é esclarecido o vocábulo síndrome nos seguintes termos:

Diz respeito a um conjunto de sinais e sintomas, que podem ser produzidos por mais de uma causa. Imuno-deficiência se traduz na incapacidade de o sistema imunológico atuar plenamente contra os diversos agentes agressores, que lhe são estranhos. E, finalmente, Adquirida nos remete a algo que se contrai em alguma período ao longo da vida. A AIDS, portanto, por si só não é uma doença; e sim, a condição favorável para a

manifestação de um conjunto de doenças, pela incapacidade do organismo para defender. O que ocorre são etapas que culminam na AIDS. Em primeiro lugar, adquire-se o vírus HIV por meio de situações já relatadas no início deste capítulo, capazes de efetivar a transmissão. Depois, há um período de intensa luta entre carga viral e o conjunto de células responsáveis pela imunidade do organismo, que, em seguida, dá sinais de enfraquecimento na sua capacidade de defesa, que se manifesta por certos sintomas. Finalmente, o indivíduo passa a apresentar doenças relacionadas à AIDS, conforme visto anteriormente, as chamadas doenças oportunistas, que se alojam em função do enfraquecimento do sistema imunológico.

De tal modo, a AIDS existe a manifestação da imunodeficiência provocada pelo vírus *human Immunodeficiency Virus*, ou seja, vírus da Imunodeficiência Humana. Mundialmente adotada as siglas AIDS/HIV com raras exceções, mas a AIDS não se transmite, e sim se desenvolve, o que é transmitido é o vírus HIV, que é o causador da imunodeficiência e que acarreta todo o processo já explicado que vem a ser a AIDS.

2.4 DESPEDIDA ANTES DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE

Adquirida a qualidade de segurado pelo trabalhador, tal condição será mantida enquanto este continuar contribuindo para a Seguridade Social, assim o eventual rompimento do vínculo empregatício, acarreta conseqüências no âmbito da Seguridade, pois a perda da qualidade de segurado implica na perda dos direitos previstos na Lei nº 8.213/1991.

Lopes Junior (2010, p. 237) nos explica que, determinado indivíduo será segurado enquanto mantiver o recolhimento de suas contribuições, o que não está errado, porém o inadimplemento ou atraso no pagamento de alguma contribuição social por parte do segurado não lhe pode impingir de imediato a perda de tal qualidade.

Quando o segurado do RGPS deixa de contribuir, este mantém sua qualidade de segurado durante determinado período denominado de período de graça, no qual é assegura alguns direitos. Independentemente de contribuição o segurado manterá a qualidade de segurado nas hipóteses previstas no art.15 da Lei nº 8.113/91:

I – sem limite de prazo, para quem está em gozo de benefício; II - até 12 meses após a cessação de benefício por incapacidade; III – até 12 meses após a cessação das contribuições do segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela previdência social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração; IV – até 12 meses após cessar a segregação do segurado acometido de doença de segregação compulsória; V – até 12 meses após o livramento do segurado detido ou recluso; VI – até 3 meses após o licenciamento do segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar; e VII – até 6 meses após a cessação das contribuições só segurado facultativo

Frente à exposição da norma dos artigos. 15 e 13 da Lei nº 8.213/91 e Dec. nº 3.048/99, respectivamente o segurado que se encontra recebendo qualquer benefício da Previdência Social manterá tal qualidade por prazo indeterminado, enquanto estiver recebendo. Kertzman (2009, p. 310) elucida que cessado o benefício por incapacidade, o segurado ainda manterá esta mesma qualidade, mesmo que não retome o recolhimento de contribuições para a Seguridade Social, por até 12 meses após a cessação daquele benefício que mantinha vinculado ao RGPS sem contribuições.

Caso o trabalhador deixe de exercer atividade remunerada que o qualifica como segurado obrigatório, após a cessação das contribuições, manterá a qualidade de segurado durante o mesmo período de 12 meses, como aquele empregado tem seu contrato de trabalho extinto, irrelevante de ter sido ocorrido por iniciativa própria ou do empregador, continuando assim, com o direito a todos os benefícios e serviços do RGPS durante tal período, mesmo não contribuindo.

Na hipótese do segurado ser acometido de doença que implique em necessário afastamento do meio social, tratando-se, portanto, de segregação compulsória, ainda que ele não esteja recebendo qualquer benefício por incapacidade, manterá a qualidade de segurado durante o período de segregação e até 12 meses após sua cessação.

Caso o segurado seja preso, manterá a qualidade de segurado por até 12 meses após seu livramento. Ressalta-se a qualidade de segurado será mantida desde o tempo de sua prisão, ou ainda a que por ventura vier a ser adquirida durante o cumprimento da pena na qualidade de contribuinte individual, caso este estiver prestando serviço dentro do estabelecimento prisional.

Já o segurado incorporado às forças armadas para prestar serviço militar em caso de desligamento, manterá a qualidade de segurado do RGPS durante o

período de três meses, mesmo que no momento do ingresso ao Serviço Militar não tivesse a qualidade de segurado.

Por fim, os segurados facultativos, permanecerão estes com a qualidade que obtiveram de forma voluntária até seis meses após deixarem de contribuir para o RGPS.

Segundo Kertzman (2009, p. 313) durante o período de graça o segurado pode obter todos os benefícios previdenciários, salvo o salário-maternidade para as empregadas gestantes despedidas sem justa causa (art. 97, parágrafo único, do RPS) e o salário família (art. 88, IV, RPS). Também aponta, que para o reconhecimento da perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do vencimento da contribuição individual relativa ao mês imediatamente posterior ao término dos prazos fixados.

Com o advento da Lei nº 10.666, de abril de 2003, a perda da qualidade de segurado não é considerada para efeito de concessão das aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade; ou seja, estes benefícios poderão ser concedidos mesmo que o segurado permaneça durante anos sem efetuar os recolhimentos. Assim, o trabalhador que perde a qualidade de segurado consegue comprovar que ficou incapacitado para o trabalho durante o período de graça, pode pleitear o benefício de incapacidade, já que estava incapacitado desde o período de graça. Na mesma vereda a Advocacia Geral da União editou a Súmula 26, de 09/06/2008, dispondo que “para a concessão de benefício por incapacidade, não será considerada a perda da qualidade de segurado decorrente da própria moléstia incapacitante”. A súmula cuida da situação em que o segurado perde a sua qualidade, em decorrência da própria doença incapacitante.

3 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS POR INCAPACIDADE

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu as bases para a formação de um efetivo Estado Democrático Direito no Brasil. Trazendo em seu dispositivo legal expressamente um programa sociopolítico e econômico que firmou bases fundamentais para a formação, organização e disciplina de um sistema particular, autônomo e universal. O Sistema de Seguridade Social, positivado no Título VIII, da Ordem Social, Capítulo II, compreende os artigos 194 a 204, tratando da seguridade social bem como de suas espécies: Previdência Social, Saúde e Assistência Social.

A Seguridade se expressa como instrumento de suma importância para as garantias mínimas e no fomento a dignidade da pessoa humana, tendo como premissa maior alcançar o bem-estar social em sua universalidade, protegendo os sujeitos que se encontram em situação de risco social.

A previdência social está prevista nos artigos 201 e 202 da CF/88, bem como possui caráter contributivo para atender os riscos sociais. No artigo 201 estão elencadas os eventos abarcados pela previdência social são eles: doença, invalidez, morte, idade avançada, proteção à maternidade, especialmente a gestante, ao desemprego involuntário, à família, reclusão e morte. O artigo 203 da CF/88 prevê a assistência social que será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

Faz-se mister a assistência social a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; à promoção da integração ao mercado de trabalho; à habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e à promoção de sua integração à vida comunitária; à garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

3.1 AUXÍLIO-DOENÇA.

O auxílio-doença tem o condão de proteger os segurados trabalhadores que

padeçam de doenças, ou ainda, lesões advindas de acidente que venham a incapacitar para o trabalho, desde que tal impedimento seja passageiro, não tendo caráter definitivo. Sobre o auxílio-doença Ibrahim (2003, p. 567):

É benefício não programado, decorrente da incapacidade temporária do segurado para o seu trabalho habitual. Porém, somente será devido se a incapacidade for superior a 15 (quinze) dias consecutivos. A grande diferença entre este benefício e a aposentadoria por invalidez diz respeito à natureza temporária da incapacidade protegida pelo auxílio-doença, que não existe na aposentadoria por invalidez. Assim como na aposentadoria por invalidez, não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao RGPS já portador de doença ou lesão invocada como causa para a concessão do benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão. Também, à semelhança da aposentadoria por invalidez, será devido auxílio -doença, independentemente de carência, aos segurados obrigatórios e facultativos, quando sofrerem acidente de qualquer natureza. Apesar disso, deve-se notar que, como regra geral, este benefício possui carência, de 12 contribuições mensais. O auxílio- doença consiste numa renda mensal de 91% do salário-de-benefício, sem fator previdenciário, com início da seguinte forma: I – a contar do 16º dia do afastamento da atividade para o segurado empregado, exceto o doméstico; II – a contar da data do início da incapacidade, para os demais segurados; ou III – a contar da data de entrada do requerimento, quando requerido após o 30º dia do afastamento da atividade, para todos os segurados.

No tocante aos beneficiários, Lopes Júnior (2009, p. 321) diz que, o auxílio-doença é direcionado a proteção direta do segurado, excluindo seus dependentes, mas em caso de óbito será devido aos dependentes do segurado a pensão por morte, pois o gozo do auxílio-doença acarreta a manutenção da qualidade de segurado independentemente da duração do benefício. A carência para o referido benefício é de 12 contribuições mensais, lembrando que poderá ser dispensada em casos onde, o segurado sofrer acidente, independente da natureza acidentária ou caso padeça o segurado de doenças, que estão previamente em lista confeccionada pelos ministérios da Previdência e Assistência Social e Ministério da Saúde.

Desta forma, expõe Kertzman (2009, p. 396):

Lembre-se de que a carência para o auxílio doença é de 12 contribuições mensais, sendo dispensada nos casos de acidente de qualquer natureza, doença profissional ou do trabalho e doenças e afecções especificadas em

lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado. Saliente-se que independentemente de carência a concessão de auxílio-doença aos segurados especiais, desde que comprovem o exercício da atividade rural, no período de 12 meses imediatamente anterior ao requerimento do benefício, ainda que de forma descontínua.

O benefício por incapacidade temporária pode ser auxílio-doença e auxílio-acidentário. Este é decorrente de acidentes de trabalho, havendo nele importante inovação com a Lei nº 11.430/06 e o Decreto nº 6.042/07, que prevêem a elaboração do nexos técnico epidemiológico – NTE. Que tem como condão de solucionar a questão dos benefícios advindos de doenças ocupacionais.

Nos casos de acidente de trabalho Ibraim (2003, p. 572), discorre:

Havendo acidente de trabalho, cabe a empresa emitir a comunicação de acidentes de trabalho – CAT, no prazo de 1 (um) dia útil ou de imediato, em caso de morte (art.22, lei nº 8.213/91). Não havendo a CAT, o INSS acaba por conceder ao segurado o benefício comum. Embora haja possibilidade de outrem emitir a CAT, o fato é que, em matéria de doenças ocupacionais, isto se torna praticamente impossível. Para piorar, é comum a empresa recusar-se a emitir CAT nestas situações, como a LER (lesão por esforço repetitivo), pois seria o mesmo que reconhecer a sua negligência em matéria de saúde do trabalho, em desrespeito às normas trabalhistas. O NTE resolve esta questão, pois a perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência deste nexos técnico entre o trabalho e a incapacidade, decorrente da relação, fixada no regulamento da previdência Social (lista B anexo II). Entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade prevista na classificação internacional de doenças – CID. Havendo coincidência entre a CID do segurado e a atividade econômica da empresa, de acordo com o nexos, o benefício será acidentário, haja vista a presunção relativa de acidentalidade. Caso a empresa discorde do enquadramento, poderá recorrer ao CRPS, cabendo, todavia, o encargo de provar que a incapacidade não derivou do trabalho.

Para a concessão do auxílio-doença deve observar seus requisitos específicos, o primeiro é baseado na constatação da enfermidade por meio da perícia médica para comprovar a incapacidade laborativa do segurado. A perícia fica a cargo do Instituto Nacional de Seguridade e Saúde - INSS, livre de qualquer custo para o segurado. Válido lembrar que poderá o segurado se fazer acompanhar por médico de sua escolha e confiança, arcando o periciado com o ônus. Lopes Júnior

(2010, p. 322) explica que, a lei exige que a enfermidade ou lesão seja posterior ao ingresso ao RGPS, sob pena de o segurado não fazer jus ao benefício, salvaguardado o direito de no caso da incapacidade laborativa advir devido a agravamento da doença, mesmo que já existente.

No tocante a enfermidade preexistente o segurado deve estar apto ao trabalho e as suas atividades habituais no momento da filiação ao RGPS. Logo, estará coberto pelo auxílio-doença, e em caso da progressão da doença já existente. Outro aspecto peculiar ao auxílio-doença é o caso do segurado que exerça mais de uma atividade remunerada e por ambas esteja ele vinculado ao RGPS. Nestes termos, escreve Ibraim (2003, p. 568):

O auxílio-doença do segurado que exercer mais de uma atividade abrangida pela previdência social será devido. Mesmo no caso de incapacidade apenas para o exercício de umas delas, devendo a perícia médica ser conhecedora de todas as atividades que o próprio estiver exercendo. Nessa situação. O benefício será calculado, levando-se em consideração somente os salários-de-contribuição da atividade na qual o segurado encontra-se incapacitado, sendo este recalculado, caso a impossibilidade de trabalho estenda-se para as demais atividades por ele desenvolvidas. Também nesta hipótese, o valor do auxílio-doença poderá ser inferior ao do salário mínimo, desde que somado as demais remunerações recebidas pelo segurado, resultar valor superior a este. Em outras palavras, não haverá problema se o valor do benefício, somado a remuneração das demais atividades, for superior ao mínimo.

Ainda a respeito do mesmo enfoque detalha Lopes Júnior (2010, p. 310):

Caso o segurado com dois vínculos empregatícios venha a se apresentar incapacitado para um deles no qual se encontra trabalhando há apenas oito meses, mesmo que em relação à outra atividade tenha completado o período de carência, não terá direito ao benefício, pois para a atividade que especificamente tornou-se incapacitado não preencheu aquele requisito. Exercendo o segurado em todas as atividades que o vinculam ao RGPS o mesmo trabalho ou profissão, deverá ser afastado de todas elas, calculando-se o valor de seu benefício com base na soma das remunerações, desde que tenham sido cumpridos todos os períodos de carência em relação às atividades. Tratando-se de incapacidade definitiva para apenas uma das atividades que o segurado exercia, não caberá concessão de aposentadoria por invalidez, pois sua incapacidade não é total, haja vista a continuidade do exercício das demais, de forma que o auxílio-doença deverá ser mantido indefinidamente, cabendo sua conversão naquela aposentadoria apenas quando a incapacidade vier a se estender a todas as demais atividades exercidas pelo segurado.

Ponto de grande relevância e abordagem é a data de início do benefício, como leciona Ibraim, (2003, p. 570) onde, empregados não domésticos, o auxílio-doença será devido a contar do 16º dia do afastamento da atividade, sendo que no tocante a os demais segurados terá início contando-se do primeiro dia da incapacidade laborativa, com a ressalva de que nos casos citados, o requerimento seja em no máximo no trigésimo dia.

No entanto, na hipótese do requerimento ter sido feito ao INSS transcorridos os trinta dias do afastamento, qualquer que seja a espécie de segurado, terá início o benefício apenas na data do requerimento e tendo cessado o benefício em vista de recuperação laborativa do segurado, se posteriormente vir a ser concedido novo auxílio-doença em virtude da mesma doença ou lesão, dentro de 60 dias a partir da cessação do benefício anterior, será prorrogado, sem que a que a empresa custeie mais 15 dias de afastamento, sendo então, o benefício prorrogado desde o novo afastamento.

A renda mensal do auxílio-doença é igual a 91% do salário-de-benefício, Kertzman (2009, p. 396) explica que será calculada a partir da média dos 80% maiores salários-de-contribuição, sem a utilização do fator previdenciário, bem como que o segurado em gozo de auxílio-doença, insuscetível de recuperação para a atividade laborativa, deverá obrigatoriamente a submeter-se a processo de reabilitação profissional para um possível exercício de outra atividade. Lembrando que não cessará o benefício até que o segurado se encontre devidamente habilitado pra novo ofício, e quando não houver possibilidade de ocorrência deste quadro, seja aposentado por invalidez.

Quanto à cumulação de benefícios Lopes Júnior (2010, p. 325):

Expressamente proibida pela legislação à cumulação do auxílio-doença com qualquer forma de aposentadoria ou com o salário-maternidade, o mesmo não ocorre em relação a outro benefício da mesma natureza, especialmente pela possibilidade do segurado exercer mais de uma atividade remunerada e em razão da incapacidade para todas elas, terá direito ao auxílio-doença para cada uma delas. O segurado que passar a receber auxílio-doença não terá cessado o benefício de salário-família a que tenha direito, mantendo-se assim a concomitância no pagamento de ambos, haja vista a natureza diversa dos benefícios. No caso do segurado que esteja recebendo auxílio-acidente, caso venha a se tornar incapacitado por doença ou lesão de outro acidente, também poderá cumular o recebimento de ambos os benefícios, pois a vedação legal relaciona-se apenas com a proibição de recebimento conjunto de auxílio-acidente e qualquer aposentadoria, nada restringindo

sua manutenção durante o período em que o segurado esteja recebendo auxílio-doença.

Por fim, concedido o auxílio-doença, tem o segurado a obrigação de prestar exame médico a cargo da Previdência Sória, sob pena de ter o benefício bloqueado, caso não compareça a perícia no local e data designada, como Kertzman (2009, p. 395) dispõe:

O segurado em gozo de auxílio-doença está obrigado, independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, a processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e a tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

Em sendo constatada a incapacidade irrecuperável para a atividade antes exercida, o segurado deverá passar por um processo de reabilitação profissional, para que possa exercer atividade diversa, não cessando neste período o benefício. Caso não haja recuperação, deverá o benefício ser convertido em aposentadoria por invalidez.

3.2 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

A aposentadoria por invalidez é benefício de prestação continuada previsto na legislação previdenciária na proteção dos segurados trabalhadores que venham a padecer de enfermidades ou traumas oriundos de acidentes que os impossibilitem de forma definitiva para o trabalho.

Sobre a aposentadoria por invalidez Kertzman (2009, p. 356) discorre:

A aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação, para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência, sendo-lhes paga enquanto permanecer nessa condição. A

concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo da previdência social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança. Obviamente, a doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao RGPS não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Quanto a seus beneficiários Lopes Júnior (2010, p. 286) escreve que se tratando de benefício que tem como objetivo amparar diretamente o segurado contra a sua incapacidade laborativa, sendo devida ao próprio segurado do RGPS, assim como, todas as demais aposentadorias. Ressalte-se que, o benefício de aposentadoria por invalidez abrange todas as espécies de segurado, sejam obrigatórios ou ainda facultativos, ao contrário de alguns benefícios que excluem algumas espécies de segurados.

Quanto à carência para o benefício de aposentadoria por invalidez Kertzman (2009, p. 356) leciona:

A carência para a concessão da aposentadoria por invalidez é de 12 contribuições mensais, sendo, contudo, dispensada nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa, doença profissional ou de trabalho e de doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, a cada três anos. Atente-se para o fato de que independentemente de carência a concessão de aposentadoria por invalidez aos segurados especiais, desde que comprovem o exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício do benefício, ainda que de forma descontínua, igual ao número de meses correspondente à carência do benefício requerido. Lembre-se de que o Salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez é calculado a partir da média dos 80% maiores salários-de-contribuição, sem a utilização do fator previdenciário, e a renda mensal do benefício equivale a 100% do SB.

Dispensam o cumprimento do período de carência a verificação de qualquer das enfermidades estabelecidas pela lista elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência e pelo Ministério da Saúde. Atualmente, consistente na portaria Interministerial MPAS/MS nº 2.998, de 23-8-2001, que qualifica como tais doenças ou afecções, por exemplo: a tuberculose ativa, a neoplasia maligna, a cardiopatia grave etc.

O requisito para a aposentadoria por invalidez é a existência da incapacidade laborativa, que deverá ser considerada como insuscetível de reabilitação para o exercício de qualquer outra atividade que lhe garanta a subsistência. Explica Lopes Júnior (2010, p. 310) que se por ventura seja observada a hipótese de possibilidade de recuperação ou reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta a subsistência, o benefício deverá ser o auxílio-doença e não a aposentadoria por invalidez, tendo em vista a natureza temporária daquele.

Sobre as condições para a concessão da aposentadoria por invalidez Ibraim (2003, p. 525) estabelece:

A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo da previdência social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança. Este benefício somente pode ser concedido após a perícia médica. Somente o profissional habilitado e registrado no INSS poderá opinar pela invalidez do segurado. Se a invalidez do segurado decorre de doença ou lesão preexistente à filiação, o benefício não lhe será concedido. Isto visa a evitar fraudes ao sistema, quando uma pessoa já inválida poderia filiar-se para, tão-somente, obter o benefício. Entretanto, se a incapacidade for decorrente de agravamento da lesão ou doença preexistente, o benefício será devido. Caberá à perícia médica identificar esta situação.

Nas hipóteses de doença preexistente, ou seja, doença existente antes do segurado filiar-se ao RGPS, não fará jus à aposentadoria por invalidez, salvaguardado se a incapacidade laborativa sobrevier por motivo de progresso ou agravamento da enfermidade ou trauma. Lopes Júnior (2010, p. 289) explica os casos em que o segurado exerce mais de uma atividade remunerada:

Caso o segurado esteja filiado ao RGPS pelo exercício de mais de uma atividade remunerada que o qualifica como tal, somente lhe será concedida aposentadoria por invalidez, quando estiver ele incapacitado para todas as atividades que exercia anteriormente, pois se ainda houver restado capacidade para que continue exercendo uma dela, lhe faltará o requisito específico da aposentadoria por invalidez consistente na verificação de incapacidade total.

Quanto à data de início de benefício ainda no pensamento de Lopes Júnior

(2010, p. 324) explica que, o início da aposentadoria por invalidez será logo após a cessação do benefício anterior, assim que a perícia médica inicial tiver concluído a impossibilidade de continuar exercer o trabalho, pela existência de incapacidade laborativa total e definitiva para o trabalho, sendo devida a aposentadoria por invalidez a contar do 16º dia do afastamento das atividades em relação aos segurados empregados e partindo da data do requerimento. Deste modo, os 15 primeiros dias de afastamento da atividade serão pagos a cargo da empresa, e só depois a custas da Previdência Social.

Em se tratando de segurado empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso, segurado especial, ou segurado facultativo, a data de início do benefício será fixada a contar do início da incapacidade constatada por exame médico pericial, tal devendo especificar o momento inicial de quando o segurado ficou incapacitado. No tocante a estes segurados, se por ventura a perícia médica ateste que a impossibilidade laborativa é decorrente de período superior a 30 dias da data de requerimento, a aposentadoria só será devida a partir deste.

Com relação à renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez Kertzman (2009, p. 356) aponta que é concedida a partir da:

Transformação de auxílio-doença, será de 100% do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral. Quando o acidentado do trabalho estiver em gozo de auxílio-doença, o valor da aposentadoria por invalidez será igual ao do auxílio-doença, o valor da aposentadoria por invalidez será igual ao do auxílio-doença, se este, por força de reajustamento, for maior que 100% do salário-de-benefício. Na prática, isso dificilmente ocorrerá, já que a renda mensal do auxílio-doença é de 91% do SB, enquanto a da aposentadoria por invalidez é de 100% desta base. Para fins de apuração do salário-de-benefício de qualquer aposentadoria precedida de auxílio-acidente, o valor mensal deste será somado ao salário-de-contribuição, antes da aplicação da correção legal, não podendo o total apurado ser superior ao limite do salário-de-contribuição

Observa-se que, caso seja constatado que o segurado incapacitado com direito a aposentadoria por invalidez, que em razão da gravidade venha o aposentado carecer de assistência permanente de outra pessoa para a prática das atividades diárias, o benefício será acrescido em 25% do valor da renda fixada, sendo de direito mesmo que com sua aplicação o segurado venha a obter um

benefício superior ao limite do teto dos salários-de-contribuição, devendo ser recalculado sempre que o benefício for reajustado. Ainda, Lopes Junior (2010, p. 291) esclarece:

Trata-se, portanto, de uma exceção à regra da limitação dos benefícios de prestação continuada mantida pelo RGPS ao máximo do salário-de-contribuição, pois sua finalidade consiste em auxiliar no custeio da manutenção de terceiros para ajudarem o segurado. Devido à finalidade específica que mencionamos, o acréscimo de 25% do valor da aposentadoria por invalidez cessará com o falecimento do segurado, não se incorporando ao benefício para fins de sua transformação em pensão por morte, pois com óbito do incapaz cessa a necessidade de manutenção de terceiros lhe auxiliando.

Ibraim (2003, p. 528) explana que o segurado aposentado por invalidez está obrigado, a qualquer tempo, independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, que deverá ser realizada bianualmente e a processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e a tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos. Carece reforço a idéia que a concessão de aposentadoria por invalidez, inclusive mediante transformação de auxílio-doença, está condicionada ao afastamento de todas as atividades.

Assim, caso o aposentado por invalidez que voluntariamente retome suas atividades terá automaticamente cancelado seu benefício a partir da data do retorno, lembrando ainda que os valores recebidos, indevidamente, deverão ser devolvidos à Previdência Social.

O aposentado por invalidez se considerado apto ao retorno do trabalho, mediante a perícia realizada pelo INSS, obedecerá o seguinte processo Kertzman (2009, p. 359):

I - Quando a recuperação ocorrer dentro de cinco anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que antecedeu, sem interrupção, o benefício cessará: a) de imediato, para o segurado empregado que tiver direito a retornar à função que desempenhava na empresa quando se aposentou, na forma da legislação trabalhista, valendo como documento, para tal fim, o certificado de

capacidade fornecido pela Previdência S3cia; ou b) a p3s tantos meses quantos forem os anos de dura33o do aux3lio-doen3a ou da aposentadoria por invalidez, para os demais segurados; II - Quando a recupera33o for parcial ou ocorrer ap3s cinco anos de afastamento ou, ainda, quando o segurado for declarado apto para o exerc3cio de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria ser3 mantida, sem preju3zo da volta a atividade: a) no seu valor integral, durante seis meses contados da data em que for verificada a recupera33o da capacidade; b) com redu33o de 50%, no per3odo seguinte de seis meses; c) com redu33o de 75%, tamb3m por igual per3odo de seis meses, ao termino do qual cessar3 definitivamente.

O segurado que retorne a atividade poder3 requerer ainda novo benef3cio de aposentadoria por invalidez, independente do tempo transcorrido, atendendo novamente todas as etapas de concess3o inicial. De tal forma, observa-se que, poder3 ser cessada a aposentadoria por invalidez pela transforma33o dela em aposentadoria por idade. Faz-se mais vantajoso ao segurado, pois convertida em aposentadoria por idade, n3o mais necessitar3 o segurado de comparecer bienalmente ao INSS para per3cia m3dica.

3.3 BENEF3CIO ASSISTENCIAL – LOAS

O amparo assistencial ou benef3cio de presta33o continuada est3 previsto nos artigos 20 e 21 da Lei n3 8.742/93 para pessoa portadora de defici3ncia ou de idade m3nima de 65 anos, que comprove n3o possuir meios de prover a pr3pria manuten33o e nem t3-la provida por sua fam3lia, cuja 3 renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do sal3rio m3nimo (par3grafo 33 do artigo 20 da Lei n3 8.742/93).

Segundo a previs3o do art. 203 da Constitui33o Federal de 1988, a assist3ncia Social ser3 prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribui33o 3 seguridade social. Lopes J3nior (2010, p. 51):

Os objetivos da assist3ncia social v3m previstos nos incisos do artigo em comento, sendo eles a prote33o a fam3lia, 3 maternidade, 3 inf3ncia 3 adolesc3ncia e 3 velhice; o amparo 3s crian3as e adolescentes carentes; a promo33o da integra33o ao mercado de trabalho e a habilita33o e

reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e à promoção de sua integração à vida comunitária, à garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

O artigo 20 da Lei nº 8.742/93 define assistência social como:

A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado são política de Seguridade Social não-contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Com base no exposto, tem-se em vista que, o segmento assistencial da seguridade tem como mister maior de preencher as lacunas deixadas pela previdência social, já que esta, não é extensiva a todos os indivíduos, limitando-se aqueles que contribuem para o sistema.

Grande barreira é a cobertura de todos que carecem da assistência social, visto que deverá existir seu custeio previsão constitucional, como bem anota Ibraim (2003, p. 13):

A constituição determina que a ação estatal na assistência social será realizada preferencialmente com recursos do orçamento da seguridade social, e organizadas com base na descentralização politico-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social. Também a participação da população é prevista em texto constitucional, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. A EC nº42/2003 trouxe a faculdade aos Estados e ao Distrito Federal de vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento (0,5%) de sua receita tributária líquida. Neste caso tais recursos ficam, necessariamente, atrelados as ações sociais previstas, sendo proibida a dívida ou qualquer outra despesa com pessoal e encargos sociais, serviço da dívida ou qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações sociais apoiadas. O benefício mensal de um salário-mínimo somente será pago ao necessitado, que, para efeitos legais, é o idoso (maior de 65 anos) ou o deficiente, incapazes de prover a sua manutenção, e cuja renda mensal familiar *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo (art. 20§ 3º da Lei nº8.742/93)

[...]

O conceito de necessitado foi considerado constitucional pelo STF (ADIn no 1.232-DF). Todavia, já decidiu o STJ que o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não é absoluto, pois deve ser considerado como um limite mínimo, um *quantum* objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade do autor (AGRESP 523864/SP, Rel. Min. Félix Fischer).

O legislador freqüentemente utiliza-se de parâmetros objetivos para fixação de direitos, ressaltando ainda, que a restrição financeira pode e deve ser ponderada com características do caso concreto, sob pena de condenar-se a morte o necessitado, alertando também que, não deverá o intérprete omitir-se à realidade social.

Alude-se o art.20 § 2º, da Lei 8.742/93 onde, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independentemente e para o trabalho, em razão de anomalias ou lesões irreversíveis, de natureza hereditária, congênita ou adquirida, Assim, tanto o deficiente físico quanto o mental podem receber o benefício assistencial, desde o nascimento. Para tanto, a análise literal do texto legal, leva a conclusão de que não é suficiente para a caracterização da deficiência, a incapacidade para o trabalho, sendo, ainda, necessária a incapacidade para a vida independente. A este respeito Kertzman (2009, p, 430) explica:

Ressalte-se, todavia, que o teor da Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, para efeitos do art. 20§ 2º, da Lei nº8.742/ de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também impossibilita de prover ao próprio sustento. Assim a jurisprudência tem entendido que a falta de condições para o trabalho é suficiente para caracterizar a deficiência para fins de concessão de benefício assistencial. A própria Advocacia Geral da União- AGU- editou súmula de 09/06/08, dispondo que "a incapacidade pra prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art.203, V da Constituição Federal, e art. 20, II, da lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993" Assim desprezou por completo a necessidade adicional de comprovação da incapacidade para vida independente.

Pode-se perceber que, o benefício poderá ser devido a mais de um membro da família, desde que comprovadas a condições exigidas, desta maneira ainda lembra que para o inválido, o valor concedido a outros membros do mesmo grupo

familiar passa a integrar a renda, para efeito de cálculo de *per capita* do novo benefício requerido, de maneira diversa para o idoso, o benefício concedido a qualquer membro da família não será computado pra fins de cálculo da renda familiar (art. 34, parágrafo único, Lei nº 10.741/03). Este tratamento diferenciado foi criado pelo Estatuto do Idoso, permanecendo então o deficiente dentro da regra geral da LOAS.

O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada dois anos, para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem. As hipóteses de cessão dos benefícios são:

- a) superação das condições que lhe deram origem; b) morte do beneficiário;
- c) morte presumida do beneficiário, declarada em juízo; d) ausência declarada do benefício; e) falta do comparecimento do beneficiário portador de deficiência ao exame médico-pericial, por ocasião de revisão de benefício; f) falta de apresentação pelo idoso ou pela pessoa portadora de deficiência da declaração de composição do grupo e renda familiar, por ocasião de revisão de benefício.

Ocorrendo as alterações nas condições que deram origem ao benefício, quando ocorridas após a concessão, não constituem irregularidades; o benefício assistencial é intransferível, não gerando direito a pensão. Não é pago abono anual em relação aos benefícios da LOAS, ressalvado todavia, o pagamento de resíduo a herdeiros ou sucessores conforme a lei civil.

Quanto à questão da cumulação o benefício assistencial não poderá ocorrer simultaneamente com qualquer benefício da Previdência Social ou de qualquer outro Regime previdenciário, a única ressalva é a pensão especial devida aos dependentes das vítimas da hemodiálise de Caruaru/PE, prevista na Lei nº 9.422, de 24 de dezembro de 1996.

4 PERÍCIA MÉDICA

Não há como desvincular a concessão dos benefícios assistenciais e previdenciários da perícia médica, pois é por meio desta que o médico e o operador do direito embasam as condições para o trabalho, tendo como ferramenta o laudo e com o escopo de proteger o cidadão em situação de risco social. Deste modo, a perícia médica desempenha um papel singular no Direito, no entanto, vem se tornando ponto de grande debate e divergência no campo da Seguridade Social, visto que a concessão dos benefícios está ligada ao parecer médico, deixando ao auxiliar da justiça o papel de julgador.

Sendo assim, pode-se dizer que o médico perito é um juiz de fato, pois sua conclusão médica enseja quando favorável ao periciado recurso suficiente para a concessão de benefícios previdenciários e assistenciais.

4.1 CONCEITO

A concessão dos Benefícios Assistenciais e Previdenciários está diretamente ligada a perícia médica, primeiro para detectar a enfermidade, e posteriormente para aferir a gravidade da doença, apontando a capacidade ou incapacidade laboral. França (1998, p. 07) conceitua perícia médica como:

Um conjunto de procedimentos médicos e técnicos que tem como finalidade o esclarecimento de um fato de interesse da justiça. Ou como um ato pelo qual a autoridade procura conhecer, por meios técnicos e científicos, a existência ou não de certos acontecimentos, capazes de interferir na decisão de uma questão judiciária ligada à vida ou a saúde do homem [...]. As perícias são realizadas nas instituições médico-legais ou por médicos ou por profissionais liberais de nível superior a área de saúde, nomeados pela autoridade que estiver á frente do inquérito. São efetuadas para qualquer domínio do Direito, sendo no foro criminal onde elas são mais constantes, podendo no entanto, servir aos interesses civis, administrativos, trabalhistas, previdenciários, comerciais, entre outros.

Assim, a perícia médica tem como principal objetivo produzir a prova, logo a prova é o elemento demonstrativo do fato, contribuindo para o embasamento da existência ou inexistência do que se alega, fornece ainda a perícia à base para a formação da convicção do magistrado. Machado (2009, p. 462) explana:

Prova pericial é a que se obtém por meio de um laudo que contém declaração de ciência a afirmação de juízo de valor a respeito de fato litigioso realizadas por especialista em determinado ramo do conhecimento humano. O perito se distingue da testemunha pelo fato de se valer da ciência, e não da memória, para declarar e explicar a ocorrência dos fatos.

Para o Direito é indispensável à figura do perito como auxiliar do juízo, via de regra não servidor público, indivíduo que traz consigo profundo conhecimento acerca de um determinado tema ou matéria e que deverá se encontrar habilitado a interpretar os fatos litigiosos e transmitir tal interpretação ao magistrado.

O art. 420 e seguintes do Código de Processo Civil regula a questão pericial que é fundamental para as ações quem demandam esclarecimentos técnicos, realizados por terceiros que não integram a relação processual e que são desvinculados da atividade estatal. Montenegro Filho (2007, p. 502) conceitua perícia como:

Espécie de prova que objetiva fornecer esclarecimento ao magistrado a respeito de questões técnicas, que extrapolam o conhecimento científico do julgador, podendo ser de qualquer natureza e originada de todo e qualquer ramo o saber humano, destacando-se os esclarecimentos nas áreas da engenharia, da contabilidade, da medicina, da topografia etc.

Tema de grande divergência se dá em torno não só do caráter da perícia no âmbito do direito previdenciário e trabalhista, mas também em torno da própria figura do perito, como explana Gomes (2003, p. 33):

Não basta um médico ser simplesmente um médico para que se julgue apto a realizar pericias, como não basta a um médico ser simplesmente médico para fazer intervenções cirúrgicas. São necessários estudos mais acurados, treino adequado, aquisição paulatina da técnica e da disciplina. Nenhum

médico, embora eminente, está apto a ser perito pelo simples fato de ser médico. É indispensável educação médico-legal conhecimento da legislação que rege a matéria, noção clara da maneira como deverá responder aos quesitos, prática na redação dos laudos periciais. Sem esses conhecimentos puramente médico-legais, toda sua sabedoria será improficua e perigosa.

Partindo desse pensamento advém a interrogação no tocante à qualidade pericial. A perícia deverá ser encarada como instrumento que irá proporcionar a verdade real, buscando fornecer ao aplicador do direito a base necessária para a devida aplicação do direito em litigância. Neste ínterim, Almeida (2009, p. 02):

Caminhamos para o entendimento de que perícia define um ato médico específico e é ato médico-legal sempre, pois produz laudos (não atestados) tendo como objetivo a verdade (não o paciente). Os médicos que subsidiam as autoridades coletam as provas e as registram em laudos periciais que são de natureza diversa dos atestados emitidos nas atividades cotidianas dos demais médicos. Portanto, perícia médica é uma atividade médica de busca da verdade e elaboração de documentos precisos e fidedignos, que determinarão, direta ou indiretamente, direitos ou sanções. Quer tenha inserção judicial ou administrativa, a perícia médica é ferramenta da medicina legal. Acreditamos que os diversos tipos de perícia devem ser entendidos como áreas de atuação da medicina legal, especialidade *mater* à qual todas se vinculam. O legista é perito em perícias.

De tal modo, entende-se que a perícia médica previdenciária tem como escopo maior, trazer subsídios à autoridade administrativa – INSS ou autoridade judiciária, de características do requerente, a fim de que possa ou não ser reconhecido os direitos estabelecidos nas leis pertinentes.

4.2 LAUDO PERICIAL

É necessário que se tome conhecimento do que é, e como deverá ser o laudo pericial ou relatório, pois só assim é possível compreender a importância desse instrumento. Segundo França (1998, p. 10) o relatório médico – legal nada mais é do que uma descrição mais minuciosa de uma perícia médica a fim de responder à solicitação da autoridade policial ou judiciária frente ao inquérito e sendo esse

relatório realizado pelos peritos após investigações, contando para isso com a ajuda de outros recursos ou consultas a tratados especializados, então, chamar-se-á de Laudo. França (1998, p. 12), ainda discorre como deverá ser o laudo pericial:

Preâmbulo. Consta dessa parte a hora, data e local exatos em que o exame é feito. Nome da autoridade que requereu e daquela que determinou a perícia. Nome, títulos e residências dos peritos. Qualificação do perito. *Quesitos*. (...) podem, à vontade da autoridade competente, exigir quesitos acessórios (...). *Histórico*. Consiste no registro dos fatos mais significativos que motivam o pedido da perícia ou que possam esclarecer e orientar do declarante venha a mão do examinador. Outra coisa: vendo imputar ao perito nenhuma responsabilidade sobre o conteúdo.(...). Desse modo devem os peritos continuar inserindo o *histórico* em seus laudos, principalmente aquilo que acharem importante, sempre de forma simples e objetiva, de maneira que tragam subsídios à perícia. Sem o comprometimento com sua veracidade e sem a preocupação de agradar ou desagradar a quem quer que seja, autoridade ou não. *Descrição*. É a parte mais importante do relatório médico – legal. Por isso, é necessário que exponham todas as particularidades que a lesão apresenta, não devendo ser referida apenas de forma nominal (...). Assim, a *descrição* deve ser completa, minuciosa, metódica e objetiva, não chegando jamais ao terreno das hipóteses. *Discussão*. Nesta fase, serão postas em discussão as várias hipóteses, afastando-se o máximo das conjecturas, pessoais, podendo-se inclusive citar autoridades recomendadas sobre o assunto. O termo *discussão* não quer dizer conflito entre as opiniões dos peritos, mas um diagnóstico lógico a partir de justificativas racionais. *Conclusão*. Compreende-se nesta parte a síntese diagnóstica redigida com clareza, disposta ordenadamente, deduzida pela descrição e pela discussão. É a análise sumária daquilo que os peritos puderam concluir após o exame minucioso. *Respostas a o quesitos*. Ao encerrarem o relatório, respondem os peritos de forma sintética e convincente, afirmando ou negando, não deixando escapar nenhum quesito sem resposta.

É perceptível, que o documento não deverá apenas visar o diagnóstico, mas também, trazer outros subsídios de valia, tal qual é o histórico, trazendo os fatos que motivaram o pedido, só desta maneira, poderá se ter uma visão ampla da situação, e não de forma restritiva, que impede o uso do bom direito.

Didier Júnior (2009, p. 230), ensina que o laudo pericial é para o direito uma espécie de instrumento escrito apresentado pelo perito, no qual ele registra suas respostas aos quesitos e concomitantemente seus raciocínios e suas conclusões, afirmando ainda, que tais devem ser expostos de maneira objetiva, abordando os pontos controvertidos.

Para a elaboração do laudo, o perito deverá ter contato direto com as fontes de prova, tendo sua análise com base em métodos técnicos e científicos, assim

como outros elementos que julgue necessário. De tal modo, observa-se, que o verdadeiro escopo do laudo médico é oferecer à autoridade julgadora elementos de convicção para aquilo que ela supõe, mas de que necessita se convencer.

4.3 CONCESSÃO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O magistrado que passa a analisar o conjunto fático posto a sua apreciação e de pronto constata que para o bom julgamento do processo é necessária a intervenção de um esclarecimento profissional, se sujeita ele a conclusão de um terceiro, sendo este terceiro o perito. Todavia, esta sujeição não é total e absoluta, o Código de Processo Civil prevê que o magistrado poderá desprezar a perícia, podendo até julgar ação em confronto com o resultado pericial, com lastro no princípio do livre convencimento do racional ou motivado.

O artigo 131 do CPC determina que: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegadas pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Acerca do assunto Machado (2009, p. 477) comenta:

É a consagração do princípio do livre convencimento ou persuasão racional (que se contrapõe radicalmente aos sistemas da prova legal e do juízo pela consciência). Decorre do princípio um grande poder e um grande dever. O poder concerne a grande liberdade de que dispõe o juiz para valorar a prova já que não existe valoração prévia nem hierarquia entre elas (o que é próprio do sistema da prova legal); o dever diz a inafastável necessidade de o magistrado fundamentar sua decisão, ou seja, expressar claramente o porquê do seu convencimento (no sistema do juízo pela consciência nada exige nesse sentido do julgador). Observa-se, por fim, que os fatos não alegados pelas partes só podem ser reconhecidos pelo juiz se não representam modificação da causa de pedir. (art.282, III) haja vista que esta é limite à atividade jurisdicional.

O artigo 427 do CPC diz: “O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes na inicial e na contestação, apresentarem sobre questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficiente”.

Em especial, pacientes portadores de HIV, via de regra tem seus pedidos indeferidos, seja de forma administrativa ou judiciária com base apenas na síntese conclusiva da perícia: Apto para o trabalho ou Inapto para o trabalho. Onde é de conhecimento geral, que o aparente bom estado físico do portador não é fator determinante para a plena capacidade laboral. Em comentário a este artigo, Didier Júnior (2009, p. 241) escreve:

De acordo com o art. 427, CPC, o juiz poderá dispensar a perícia, por sua desnecessidade, quando autor e réu – na petição inicial e na contestação, respectivamente - já tiverem trazido pareceres técnicos ou documentos suficientes para a verificação dos fatos. Essa dispensa deve ser cuidadosa e ponderada, pois é de esperar que as partes encomendem pareceres parciais, cuja seriedade esteja comprometida.

Percebe-se que, o juiz não está atrelado de forma absoluta, há de poder formar uma convicção diversa, mesmo que está vá contra a conclusão da perícia, mas a decisão deve ser fundamentada. Marques (2001, p. 316) reforça esse posicionamento:

A perícia é uma prova de caráter especial, pelo que só tem lugar quando a demonstração do fato não depender do testemunho comum, mas do conhecimento especial técnico (art. 420, parágrafo único, II e III). Não se admitirá também perícia: a) quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas; b) quando a verificação for impraticável (art. 420, parágrafo único, II e III).

Sobre o não atrelamento total do juiz a perícia, Marques (2001, p. 317) continua asseverando que:

O juiz é o perito dos peritos por força mesmo das funções de que está investido. Se o magistrado tivesse de ficar preso e vinculado às conclusões do laudo pericial, o *expert* acabaria transformando em verdadeiro juiz da causa, sobretudo nas lides onde o essencial para a decisão depende do que se apurar no exame pericial.

A situação do portador de HIV é multidimensional, incidem fatores diversos, cada caso deve ser tratado como único. Além disso, o artigo 436 do CPC preceitua que: "O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos". Machado (2009, p. 477) comenta que, tal dispositivo trata-se de norma de valoração da prova pericial dirigida ao órgão julgador, na qual a inspiração se baseia no princípio do livre convencimento instituído pelo art. 131 do CPC. O autor ainda lembra que o juiz é o perito dos peritos (*peritus peritorum*), podendo ele simplesmente desconsiderar as conclusões do *expert*, desde que obviamente esteja convencido em razão de outras provas e elementos constantes nos autos; certo e unânime é que o juiz deve fundamentar as razões.

4.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

De fato, existem no ordenamento jurídico pátrio, diversos julgados desvinculando a decisão do magistrado do laudo pericial. Entretanto, não se sabe ao certo, se devido ao legalismo exacerbado de uns ou o grande volume de processos, ou outros motivos, esteja fazendo simplesmente com que os juízes permitam a perícia decidir per si só as causas.

A análise jurisprudencial tem como objetivo estudar o posicionamento de julgamentos proferidos pelos operadores do direito. Observa-se o seguinte julgado de proveniente do juizado especial da 8ª Vara Federal da Paraíba:

SENTENÇA TIPO A. PROCESSO 0501019- 25.2009.4.05.8202T. AUTORA SEVERINA CECI DE ANDRADE. RÉ INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS. SENTENÇA. Relatório dispensado pelo art. 38 da lei nº 9.099/95 e art. 1º da lei nº 10.259/2001. I – FUNDAMENTAÇÃO: Não há preliminares a parte aurora pretende a concessão de auxílio-doença, desde a data do requerimento administrativo, ou, sucessivamente aposentadoria por invalidez, se constatada a total e permanente incapacidade para o trabalho (...). o laudo pericial concluiu que a parte autora está acometida de sentença descrita no "CID B24 – AIDS, com depressão psicológica, anemia com depleção linfocitária (anexo nº 16). Por outro lado, o laudo pericial concluiu que o autor está apto ao trabalho, pois faz uso regular de medicação anti-aids, assintomático, com tratamento ambulatorial. E conclui que o paciente está com estado geral regular. Assim sendo, não subsistindo evidencias técnicas de que a doença está debilitando a capacidade física

do(a) autor(a), a enfermidade por si só, não justifica a concessão do benefício requerido. Como a parte demandante não preenche todos os requisitos para a concessão da medida, ela há de ser indeferida.. II – **DECISÃO:** Por isso, **rejeito o pedido da parte autora e julgo improcedente a demanda, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC.** Em razão de entender presentes os requisitos da Lei nº 1.060/50, **defiro o benefício da assistência judiciária gratuita. Sem custas ou honorários em primeiro grau.** Publique-se. Intimem-se as partes pelos meios adequados. Após a certificação do trânsito em julgado, dê-se baixa na distribuição e arquivem-se os autos. Sousa, Estado da Paraíba, quinta-feira, 11 de maio de 2010. **Marcos Antônio Garapa de Carvalho.** Juiz Federal Substituto no exercício da titularidade.

Há de convir que o julgador em certas ocasiões deve relativizar as peculiaridades dos casos, para que possa exercer o direito de forma justa e, pois como já dito alhures, não está o magistrado obrigado a acatar o laudo médico, caso seja assim, estará com no caso apresentado sendo o aplicador do direito, simples instrumento de homologação de laudos.

Olvidando-se averiguar que a incapacitação poderá não apenas ocorrer de forma objetiva como se traduz em um laudo, mas que existe toda uma gama de fatores sócio-culturais, que dão ensejo à incapacidade. Como se pode observar no seguinte julgado:

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. AUXÍLIO – DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PORTADOR DO VÍRUS HIV. PERÍCIA QUE ATESTA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. SITUAÇÃO FÁTICA QUE PODE DEMONSTRAR IMPOSSIBILIDADE DE REINSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. INCIDÊNCIA DO BROCARDO *JUDEX PERITUS PERITORUM* (JUÍZ É O PERITO DOS PERITOS) INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO. PERÍCIA INCOMPLETA. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **A interpretação sistemática da legislação permite a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez se, diante do caso concreto, os fatores pessoais e sociais impossibilitarem a reinserção do segurado no mercado de trabalho, conforme livre convencimento do juiz que, conforme o brocardo *judex peritus peritorum*, é o perito dos peritos, ainda que não exista incapacidade total para o trabalho do ponto de vista médico. 1.1. Na concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, a incapacidade para o trabalho deve ser analisada do ponto de vista médico e social. Interpretação sistemática da legislação (Lei n. 7.670/88; Decreto 6.214/07; portaria interministerial MPAS/MS nº 2.998/01) 2. Além disso, o novel **Decreto nº 6.214/07, aplicável analogicamente ao caso estabelece: “Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se: III – incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de****

inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social”; Art.16 A concessão do benefício á pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e saúde – CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial de Saúde no 54.21, aprovada pela 54ª Assembléia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001. **§ 1º. A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica social. §2º. A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo as especificidades”** (Art.16, §2, Decreto n. 6.214/2007). 3. A intolerância e o preconceito contra os portadores de HIV, que ainda persistem no seio da sociedade brasileira, impossibilitam sua inclusão no mercado de trabalho e, em conseqüência, a obtenção dos meios para a sua subsistência. 4. O princípio da dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF) 4.1 O poder judiciário tem coibido a discriminação contra o portador de HIV, nos casos concretos e específicos que lhe são submetidos. 4.1.1. Quando o preconceito se manifesta de forma difusa, velada, disfarçada, o Estado-Juiz deve intervir, reconhecendo as diferenças, sob pena de, na sua omissão, compactuar com a intolerância com os portadores dessas mesmas diferenças. 5. Prova pericial incompleta, que não informa se há sinais exteriores da doença, que possam levar a identificação do segurado como portador de HIV. Necessidade de nova perícia. Sentença anulada. 6 . Incidente de uniformização conhecido e parcialmente provido. (Origem: Turma Nacional de Uniformização. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Processo 2007.83.00.505258-6. Juíza: Maria Divina Vitória. Data da decisão: 18.12.2008. Data da publicação: 02.02.2009).

Percebe-se que, o aplicador do Direito não se manteve atrelado apenas ao laudo pericial, mas considerou os fatores sociais, as condições pessoais da parte autora e os reflexos do estigma da doença, levando a uma decisão, justa e afastando-se do exacerbado legalismo, que leva a injustiça e a ineficiência da lei.

O legalismo se mantém em inúmeros casos, a sentença a ser analisada a seguir foi proferida também no juizado especial da 8ª Vara Federal da Paraíba:

Autos nº 2008.82.02.500382-0. Autora: FRANCISCA PATRÍCIA DE SOUSA. Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. Sentença Tipo A. SENTENÇA. (...) O CASO CONCRETO. 9. O ponto saliente aqui é exclusivamente o médico, que ensejou a não concessão/suspensão do benefício. 10. A perícia averbou que o paciente esta com HIV positivo, porém, no momento, não qualquer quadro de infecção oportunista, situação que não aponta incapacitação para o trabalho ou mesmo para a vida independente. 11. Se é assim, não vejo tal situação como impeditiva da prática de atos para a vida independente no caso concreto. 12. Daí porque improcede o pleito. III. **Dispositivo** 13. *Ex positis*, **JULGO**

IMPROCEDENTE, o pedido formulado na inicial, fulminando o feito no mérito (art. 269, I do CPC). 14. **DEFIRO** o pedido de justiça gratuita (Lei nº 1.060/50). 15. Sem custas ou honorários (artigo 55 da Lei 9.099/95) Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Sousa, 08 de julho de 2008. **Antônio José de Carvalho Araújo**. Juiz Federal Substituto.

No caso em tela, a parte ajuizou ação com o intuito de receber o benefício assistencial de prestação continuada prevista no artigo 203, V, da CF/88, e regulamentado pelo artigo 20 da Lei nº 8.742/93 Pela leitura, percebe-se que, o laudo médico alegou que a parte está apta ao trabalho. O laudo ainda, confirmou que a parte é autora e porta HIV. Em vereda diversa traz-se o voto do Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz no agrado de instrumento nº. 2002.04.01.049778-7/SC:

A tese que defendo é a seguinte: o portador do vírus HIV trabalha se quiser. A ciência tem feito progressos significativos no tratamento da doença. O programa brasileiro de prevenção e combate à AIDS é exemplo admirado no mundo todo. Um portador do vírus HIV já não padece, hoje em dia, dos mesmos sofrimentos de que era vítima na década de 0. O doente ganhou um a possibilidade de sobrevivência inimaginável há bem pouco tempo. Nada disso, porém, serve para afastar um dado inquestionável: o portador da moléstia convive com a possibilidade concreta da morte (Albert Camus dizia que o único problema filosófico importante é a morte). Todos sabemos que vamos morrer um dia. Essa idéia, no entanto, não nos atormenta cotidianamente. É de forma abstrata, por assim dizer, que enfrentamos essa inevitabilidade da condição humana. Com o doente de AIDS isso não ocorre. Apesar do avanço nas técnicas de tratamento (e mesmo da possibilidade de estabilidade da doença), a AIDS traz consigo a marca tenebrosa da “doença incurável”. Há aquelas que reagem bem a doença, e a ociosidade preferem a ocupação produtiva, talvez como forma terapêutica, o gosto pelo trabalho atuando para tornar menos dramática a situação aflitiva. Há outros, porém, que sofrem sério e justificável abalo psicológico, desinteressando-se, em vista disso, não apenas das ocupações laborativas, como também das outras atividades normais da vida cotidiana. **É ao doente portanto, que se deve conceder a liberdade de escolha. Se o o trabalho lhe faz bem, se ele o ajuda a enfrentar com maior eficácia os traumas gerados pela doença, deve-se-lhe conceder o direito de trabalhar. Se, ao contrário, o portador julga melhor abandonar de vez a atividade produtiva, ainda que tenha capacidade física para o trabalho, não se lhe pode censurar o direito de escolha.** Nós ainda cultivamos nesse campo uma espécie de preconceito envergonhado, AS relações de um portador do vírus HIV, salvo raríssimas exceções, não serão as mesmas no seu ambiente de trabalho. Submeter um doente de AIDS à volta forçada ao trabalho seria cometer contra ele uma violência injustificável.

Os parâmetros e princípios já consagrados no direito são apenas acatados nas esferas superiores, sendo olvidadas pelas instancias inferiores. Desse modo, torna a justiça por demais morosa, gerando ainda mais danos ao pleiteante. Por fim, pode-se observar o seguinte acórdão.

TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDENCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. ACÓRDÃO. DECISÃO PRESIDENTE DA TURMA. PROCESSO: 2005.82.01.501.866-7. ORIGEM : PB. RELATORA : JUIZA FEDERAL MARIA DIVINA VITORIA. ASSUNTO: Benefício Assistencial e/ou Amparo Social – LOAS. EMENTA. PREVIDENCIÁRIO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA . LOAS. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. 1. Portador do vírus HIV. Miserável. Sintomas da doença já manifestados. Perícia médica atestando a capacidade para o trabalho. 2. A incapacidade para o trabalho deve ser avaliada do ponto de vista medico e social. Interpretação sistemática da legislação (Lei 7.670/88. Decreto 6.214/07. Portaria Interministerial. MPAS/MS N°6.214/07 estabelece “Art.4° *Para fins de reconhecimento do direito ao benefício, considera-se: III – incapacidade fenômeno multidimensional que abrange limitação ao desempenho de atividade e restrição da participação com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social em correspondência á integração entra a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social*”. “Art.16. *A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade com base nos principais da Classificação Internacional de Funcionalidades Incapacidade e Saúde – CIF, estabelecida pela Organização Mundial de Saúde no 5421. aprovada pela assembléia mundial de saúde, em 22 de maio de 2001. §1° A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica e social. §2° A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e avaliação social considerará os fatores ambientais e sociais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo sua especificidades*” 3. A intolerância e o processo contra os portadores do HIV, que ainda persistem no caso da sociedade brasileira, impossibilitam sua inclusão no mercado de trabalho e, em consequência a obtenção dos meios para a sua subsistência. 4 O principio da dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1°, III, CF) 4.1. O poder judiciário tem coibido a discriminação contra o portador do HIV, nos casos concretos e específicos que lhe são submetidos. 4.1.1. Quando o preconceito se manifesta de forma difusa, velada disfarçada, o Estado-Juiz deve intervir, reconhecido as diferenças sob pena de , na sua omissão, compactuar com a intolerância com os portadores dessas mesmos portadores dessas mesmas diferenças. 5. Concede-se benefício Assistencial (LOAS, art, 20) por reconhecer que o autor, embora apto para o trabalho do ponto de vista médica, não o é em face das circunstâncias sociais e ambientais em que vive ACÓRDÃO, Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juizes da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, por maioria, em reconhecer e dar provimento ao incidente de uniformização. MARIA DIVINA VITORIA – Juíza Federal Relatora.

Este julgamento expressa o real espírito da lei e da vontade o legislador, e a liberdade do operador do direito, em face ao laudo da perícia médica, que deve servir de base e auxílio para o julgador e não instrumento determinante da concessão de benefícios assistenciais e previdenciários que, trazem consigo muito mais do que a opinião médica carregada de desconhecimento da legislação pertinente à matéria.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho estudou os benefícios assistenciais e previdenciários concedidos ao portador de HIV frente ao laudo médico; assim destacou o exacerbado atrelamento ao parecer da perícia médica para a concessão desses benefícios, que notoriamente vem sendo um grande óbice para aqueles que necessitam da seguridade social.

No primeiro capítulo foi explorado o estudo do HIV/AIDS, seu histórico, as diferenças entre o portador de HIV e o doente de AIDS, como também seus reflexos nos âmbitos trabalhistas e previdenciários, tais como a estabilidade e o período de graça, pois só com o entendimento do que é a doença é que se pode ter compreensão da complexidade do assunto e seus desdobramentos dentro do Direito Pátrio.

Posteriormente, no segundo capítulo estudou-se os benefícios assistenciais e previdenciários a serem concedidos ao portador de HIV, foram vistos: o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, e por fim, o benefício assistencial ao portador de deficiência. Sendo observados em cada um os critérios para a sua concessão.

No derradeiro capítulo, observou-se o conceito de perícia médica e laudo pericial, como também concessão dos benefícios citados outrora perante o Código de Processo Civil, que deixa claro na letra da lei que o juiz não está absolutamente vinculado a perícia e que pode formar a sua livre convicção frente ao caso concreto, visto que existe a premissa de que o Juiz é o Perito dos Peritos, desde que sempre seja fundamentando na lei, na doutrina ou ainda na jurisprudência.

Este princípio se apresenta com importância singular, já que dá ao juiz a possibilidade de fazer uma justiça real e de fato. O princípio da livre convicção do magistrado é indubitavelmente o cerne deste trabalho.

Diante da análise jurisprudencial demonstrou-se que os juízes, principalmente nas instâncias inferiores, estão sendo meros homologares de laudo, deixando o perito ser o juiz do caso, olvidando-se dos fatores sociais e culturais, que reflete a AIDS no meio laboral e da sociedade ainda eivada de preconceitos.

É notório nos julgados que pouco se tem levado em conta às peculiaridades do indivíduo, tendo como critério para a concessão um fator objetivo (Laudo médico), assim, as concessões tem tido por base quase que unicamente a opinião médica

que traz consigo o desconhecimento dos objetivos da legislação, deixando de fora os fatores multidimensionais que traz a doença.

Não visa o trabalho á concessão desenfreada de benefícios da seguridade social, pois certo é que isso traria efeitos por demais negativos no meio social como também aos cofres públicos, defende-se aqui a devida observância à legislação pertinente e aos princípios constitucionalmente previstos, com o fim de atingir uma sociedade menos injusta e mais digna como preceitua a Constituição Federal de 1988.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, EDUARDO HENRIQUE RODRIGUES DE. **A perícia médica previdenciária para a Concessão de Benefícios por Incapacidades**. Disponível em: www.abmlmedicinalegal.org.br/.../pericia_medica_previdenciaria_concessao_beneficios.pdf. Acesso em 10 de set de 2010.

_____. André Luiz Paes de. **Direito do trabalho: material, processual e legislação especial**. 7 ed. São Paulo: Rideel, 2009.

BARBOSA, Magno Luiz. **AIDS: o direito e algumas reflexões sobre impacto nas relações de emprego**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 13 de outubro de 2010.

_____. LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991. **Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências**. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em 22 de julho de 2010.

_____. LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991. **Dispõe sobre a organização da seguridade social, institui plano de custeio, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm. Acesso em 24 de setembro de 2010.

_____. LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993. **Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências**. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm. Acesso em 17 de maio de 2010.

_____. **DECRETO No 3.048, DE 6 DE MAIO DE 1999. Aprova o regulamento da previdência social, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em 09 de agosto de 2010.

_____. **DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 23 de outubro de 2010.

_____. **LEI No 7.649, DE 25 DE JANEIRO DE 1988. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças, e dá outras providências.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7649.htm. Acesso em 04 de setembro de 2010.

_____. **LEI No 9.229, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.:**
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1995_1997/L9229.htm. Acesso em 13 outubro de 2010.

_____. **LEI Nº 9.656, DE 3 DE JUNHO DE 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.** Disponível em :
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acessado em 06 de setembro de 2010.

_____. **LEI Nº 5.764, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1971. Define a política nacional de cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5764.htm. Acessado em 27 de agosto de 2010.

_____. **LEI Nº 11.324, DE 19 DE JULHO DE 2006. Altera dispositivos das leis nos 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 5.859, de 11 de dezembro de 1972; e revoga dispositivo da Lei no 605, de 5 de janeiro de 1949.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11324.htm. Acessado em 27 de agosto de 2010.

_____. **LEI No 10.666, DE 8 DE MAIO DE 2003. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.666.htm. Acessado em 13 de outubro de 2010

_____ **LEI Nº 11.430, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2006.** Altera as leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, e 9.796, de 5 de maio de 1999, aumenta o valor dos benefícios da previdência social; e revoga a medida provisória no 316, de 11 de agosto de 2006; dispositivos das Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.444, de 20 de julho de 1992, e da medida provisória no 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e a Lei no 10.699, de 9 de julho de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11430.htm. Acessado em 13 outubro de 2010.

_____ **LEI No 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003.** Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm. Acessado em 06 de setembro de 2010.

_____ **LEI Nº 9.422, DE 24 DE DEZEMBRO DE 1996.** Dispõe sobre a concessão de pensão especial aos dependentes que especifica e dá outras providências Disponível em : Dispõe sobre a concessão de pensão especial aos dependentes que especifica e dá outras providências. Acessado em 10 de setembro de 2010.

_____ **LEI Nº 5.859, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1972.** Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5859.htm. Acessado em 13 de outubro de 2010.

_____ **DECRETO Nº 6.042, DE 12 DE FEVEREIRO DE 2007.** Altera o regulamento da previdência social, aprovado pelo decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, disciplina a aplicação, acompanhamento e avaliação do fator acidentário de prevenção - FAP e do nexó técnico epidemiológico, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6042.htm. Acessado em 06 de setembro de 2010

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito processual civil.** Vol. 02. 4 ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal.** 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

GOMES H. **Medicina Legal.** 33 ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2003.

IBRAIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

Kertzman, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 6 ed., Bahia: Jus Podivm, 2009.

LOPES JÚNIOR, Nilson Martins. **Direito previdenciário: custeio e benefício**. 3 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 8 ed. São Paulo: Manole, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Vol. 02. 2 ed. Campinas: Millennium, 2001.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. Vol 01. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SARIVA, Renato. **Exame de ordem: trabalho**. 7 ed. Rio de Janeiro: Método, 2009
VASCONCELOS, Geraldo Majela. **Lições de medicina legal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. Vol 01. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Disponível em: WWW.temcura.com.br/article_read.asp?id=49. Acesso em 10 de Setembro de 2010.

Disponível em: WWW.aids.gov.br/pagina/dst_no_brasil. Acesso em 10 de Setembro de 2010.