

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
UNIVERSIDADE DO MINHO – UMINHO
ESCOLA DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÕES
MESTRADO EM DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

INCAPACIDADE PARA O TRABALHO NO DIREITO DE PROTEÇÃO SOCIAL:
PERSPECTIVA BRASILEIRA E EUROPEIA

FREDERICO ANDRADE SIEGEL

Itajaí (SC)/Braga (PT), agosto de 2015

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
UNIVERSIDADE DO MINHO – UMINHO
ESCOLA DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÕES
MESTRADO EM DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

INCAPACIDADE PARA O TRABALHO NO DIREITO DE PROTEÇÃO SOCIAL:
PERSPECTIVA BRASILEIRA E EUROPEIA

FREDERICO ANDRADE SIEGEL

Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e à Universidade do Minho - UMINHO, como requisito parcial para obtenção de dupla titulação de mestre em Ciência Jurídica e em Direito da União Europeia junto à Universidade da Região do Minho, Braga, Portugal, para o Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica e em Direito da União Europeia e junto à Universidade do Vale do Itajaí, para o Curso de Mestrado em Ciência Jurídica.

Orientadores: Professor Doutor José Antônio Savaris, da UNIVALI; e Professor Doutor Pedro Madeira Froufe, da UMINHO.

Itajaí (SC)/Braga (PT), agosto de 2015

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí e a Universidade do Minho a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica e a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito da União Europeia, a Banca Examinadora e os Orientadores de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí/Braga, agosto de 2015.

FREDERICO ANDRADE SIEGEL
Mestrando

AGRADECIMENTO/DEDICATÓRIA

Não fiz esse trabalho sozinho!

Minha família, meus amigos e meus mestres participaram em todos os momentos de sua realização; o que sou, e o que fiz, é resultado da influência que recebi, através dos valores de cada um deles, em medidas diferentes;

Minha preciosa família forjou meu caráter; meus leais amigos me ensinaram o valor do companheirismo; meus sábios mestres me deram conhecimento, e minha amada mulher, com seu dedicado amor, me tornou mais sensível.

É por tudo isso que ofereço meu singelo obrigado, e dedico o produto desse meu esforço à família, aos amigos, aos meus orientadores Savaris e Froufe, à minha carinhosa Paty, e às gerações futuras...

**Incapacidade para o trabalho no direito de proteção social:
perspectiva brasileira e europeia**

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo lançar luzes à contínua e incessante reflexão sobre a resposta oferecida pelo Estado, pelo seu sistema de proteção social, àqueles que possuem limitações funcionais para o trabalho. A incapacidade para o trabalho decorre da presunção de que o ser humano não terá condições para adquirir sua autonomia financeira, e dessa forma, manter o próprio sustento. Logo, não terá dignidade. Nesse contexto, as atenções são voltadas para verificar se a complexa dimensão humana é avaliada no exercício de presunção da incapacidade. Daí resulta a necessidade de verificar se a concessão de uma retribuição mensal, através de um benefício previsto no sistema de segurança social, é suficiente para preservar a dignidade humana, já que esta se relaciona com a valorização social, e com a máxima disponibilidade de liberdade, especialmente a de ir, vir, e permanecer.

Palavras-chave: Proteção Social. Seguridade Social. Trabalho. Dignidade.

**Incapacity for work on the right to social protection:
brazilian and european perspective**

ABSTRACT

This work aims to launch lights to continuous and constant reflection on the response offered by the State, by its system of social protection, to those who have functional limitations to work. The incapacity to work stems from the assumption that the human being is not able to acquire their financial autonomy, and therefore keep the own sustenance. So, he will have no dignity. In this context, attention is directed to verify that the complex human dimension is evaluated in presumption of incapacity. It is therefore necessary to verify whether granting a monthly retribution, through a benefit provided for in the social security system, is enough to preserve human dignity, since it related to the social valuation and with maximum availability of freedom, especially to go, come, and stay.

Keywords: Social Protection. Social Security. Work. Dignity.

*É ou não é
Que o trabalho dignifica,
é assim que nos explica
o rifão que nunca falha?*

*É ou não é
Que disto, toda verdade
Que sabe por dignidade
No mundo, ninguém trabalha!
(É ou não é, Mariza)*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Capítulo1: A evolução da proteção social	14
1.1 A assistência, as primeiras medidas e a liberdade	14
1.2 Os modelos de proteção social e a gestão dos riscos sociais.....	21
1.2.1 O modelo bismarckiano – os seguros sociais	23
1.2.2 O modelo beveridgiano – regime universal e único	26
1.3 A evolução da proteção social em Portugal e no Brasil	28
1.4 A proteção social como direito fundamental e a vedação do retrocesso	30
1.5 A proteção social: seguridade social [previdência, assistência e saúde]	33
1.6 A proteção social e os novos riscos	35
Capítulo 2: A incapacidade laboral na proteção social	41
2.1 A seguridade social em números: benefícios relacionados à incapacidade laboral	41
2.2. A funcionalidade como momento integrante da incapacidade para o trabalho. A pessoa deficiente: definição legal	46
2.2.1 Amparo assistencialista à pessoa deficiente e ao idoso: incapacidade laboral avaliada pela perspectiva individual e social	50
2.2.2 A participação da pessoa deficiente no mercado de trabalho: incentivo legislativo.....	52
2.3. A habilitação e reabilitação profissional: preparação da pessoa com deficiência para o mercado de trabalho.....	54
2.4 A conformação do conceito da incapacidade para o trabalho em uma perspectiva multidisciplinar: o papel das classificações da OMS	56
2.4.1 Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10)	57
2.4.2 Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)	58
2.5 Categorias constitutivas da incapacidade para o trabalho	63
2.5.1 Patologia (doenças) e traumatologia (lesões).....	66
2.5.2 A noção de debilidade, os graus de funcionalidade e deficiência que implicam no conceito de incapacidade laboral.....	67
2.6 A (in)suficiente perícia médica como instrumento caracterizador da incapacidade: abordagem multidisciplinar	69

Capítulo 3. A concepção do ser humano e as variáveis sociais: influências na composição da incapacidade laboral	74
3.1 O conteúdo jurídico da dignidade humana.....	74
3.2 A necessidade de uma concepção sobre o ser humano	78
3.3. A identificação do ser humano	81
3.3.1 A adaptabilidade do meio ambiente e o determinismo	84
3.3.2 A identificação do indivíduo numa perspectiva existencial.....	86
3.4 O valor social do trabalho	91
3.5 Ambiente social: perspectivas económicas e incapacidade para o trabalho.....	97
3.6 A incapacidade laboral e o direito da união europeia	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	106
REFERÊNCIAS.....	110

ROL DE CATEGORIAS

Categorias estratégicas à compreensão do presente trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais:

Proteção social: conjunto de políticas públicas orientadas a assegurar a todas as pessoas e na medida de suas necessidades, reais condições para que tenham uma existência humana digna, possam desfrutar da participação social e, nesse contexto, busquem o livre desenvolvimento de sua personalidade¹.

Seguridade Social: conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, que tem como objetivo assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social².

Previdência Social: sistema de seguro público, coletivo, em regra compulsório e contributivo, podendo admitir seguros facultativos e benefícios sem contribuição (aposentadoria especial), organizado pelo Estado, com objetivo de prevenir contingências legalmente previstas.

Assistência social: sistema que prevê prestações pecuniárias ou serviços prestados a pessoas impossibilitadas de qualquer atividade laboral, e que não estão incluídas no sistema da previdência social.

Pessoa portadora de deficiência: aquela que possui limitação para o desempenho de atividades que exijam habilidade física, visual, intelectual, auditiva, de forma conjunta ou isolada.

Dignidade humana: princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo³.

1. ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. Curso de direito previdenciário: Volume I – Fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário. Curitiba: Alteridade, 2014 p. 24.

2. OLIVEIRA, Aristeu. Manual prático da previdência social. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 15.

3. KANT, Immanuel. A metafísica dos Costumes. 2ª ed. Tradução: Edson Bini. Título original: *Die Metaphysik der Sitten*. Bauru: Edipro, 2008, p. 29

Trabalho: atividade desempenhada pelo ser humano, mecânica ou intelectual, por meio do qual é valorizado, mediante reconhecimento material e social.

Perícia médica: avaliação científica realizada por profissional habilitado, no âmbito administrativo ou judicial, que tem por objetivo verificar o grau de limitação funcional do ser humano, e o caráter temporário ou permanente da limitação.

Estado de Bem Estar Social: Estado democraticamente legitimado para intervir na ordem econômica e social por meio da adoção de ferramentas de proteção Social, a fim de concretizar o Bem Estar Social⁴.

4. PASSOS, Fabio Luiz dos. A evolução das ferramentas de proteção social superando o modelo de previdência social voltado a sociedade industrial para atender aos desafios da nova realidade social. Itajai: Univali, 2013, p. v.

INTRODUÇÃO

Anualmente o Brasil, através do Ministério da Previdência Social, divulga o Anuário Estatístico da Previdência Social – APES, que reúne informações detalhadas a respeito da quantidade de benefícios previdenciários concedidos e o correspondente custo desses benefícios.

Nas detalhadas informações, não há números específicos ou concentrados a respeito da quantidade de benefícios concedidos e que estão relacionados à incapacidade laboral, que pode estar relacionada com mais de um benefício.

Atualmente, a legislação brasileira prevê sete tipos de benefícios da seguridade social (previdenciário e assistencial) que podem ser relacionados à incapacidade para o trabalho.

No ano de 2013 foram concedidos 5,2 milhões de benefícios pela previdência social brasileira (em termos econômicos: R\$ 5,1 bilhões). Houve aumento de 5,0% em relação à quantidade de benefícios concedidos no ano anterior (2012). A espécie mais concedida foi o auxílio doença previdenciário, que representou 43,6% do total de benefícios e abocanhou 45,9% de todo valor pago em 2013⁵.

Não há informações a respeito da quantidade de requerimentos de benefícios (relacionados à incapacidade laboral) negados pela Previdência Social. Essa informação poderia ser extraída por estatística da quantidade de processos judiciais ingressados no Poder Judiciário, nos quais houve discussão sobre a incapacidade laboral e a concessão (ou não) de benefícios (previdenciários e assistenciais).

No entanto, a justiça brasileira não possui sistema de controle e divulgação de estatística sobre a quantidade de processos relacionados à incapacidade laboral.

A primeira dificuldade para concentrar essas informações estatísticas está relacionada à divisão de julgamento dessa temática. A justiça estadual detém competência para analisar as demandas previdenciárias acidentárias, e por jurisdição delegada, os demais processos envolvendo benefícios previdenciários nas comarcas onde não há sede de circunscrição federal; ressalvadas essas duas situações, o tema é tratado pela justiça federal.

5. Disponível em www.previdencia.gov.br/estatisticas/ acessado em 23.06.2015.

A segunda dificuldade está relacionada com o cadastramento, no judiciário, dos pedidos para concessão de benefícios previdenciários relacionados à incapacidade laboral, que nem sempre correspondem com o resultado do julgamento final.

A ausência de dados estatísticos a respeito da quantidade de processos judiciais ingressados, e benefícios previdenciários (relacionados à incapacidade laboral) negados, não torna o tema menos palpitante.

A quantidade de benefícios previdenciários relacionados à incapacidade laboral, seja pelo número de pessoas afetadas ou pela expressiva fatia orçamentária, crescente a cada ano, é suficiente para que a temática (compreensão sobre a incapacidade laboral) receba maior atenção.

Na perspectiva europeia, a livre circulação de pessoas, princípio basilar da União Europeia, pode ser afetada pela compreensão a respeito da incapacidade laboral, pois é o trabalho que permite ao cidadão europeu fixar residência em outro Estado-membro.

Ao mesmo tempo em que a Diretiva 2004/38/CE (considerando 10) impede que as pessoas que exercem o direito de residência se tornem sobrecarga não razoável para o regime de segurança social do Estado-membro de acolhimento, o art. 14 desta mesma diretiva permite que o Estado-membro limite a residência dos que procuram emprego sempre que estes não provem que continuam à procura de emprego e que têm possibilidade de encontrá-lo.

A incapacidade laboral é tema de abrangência universal. Todavia, as normas legislativas de cada país, relacionadas aos benefícios por invalidez, são diferenciadas pela influência dos distintos aspectos sociais, culturais e econômicos.

A presente dissertação foi dividida em três capítulos.

Aspectos históricos a respeito de como o ser humano, incapaz ao trabalho, foi tratado pelo Estado, mediante sucessivas edições legislativas, e a vedação do retrocesso, foram reservados para o primeiro capítulo.

A dimensão corporal do ser humano, relacionada com a incapacidade, foi tratada no segundo capítulo. Nele foram inseridas noções sobre funcionalidade, debilidade, deficiência, patologia, classificação de doenças, reabilitação e o instrumento convencional para detectar as limitações humanas: a perícia médica.

A dignidade do ser humano inaugura o terceiro capítulo. Daí se desdobra para a questão filosófica de identificação do ser humano, o impacto das limitações funcionais sobre a sua concepção e o papel do trabalho como meio de integração social. Ainda nesse mesmo

capítulo, a incapacidade laboral é avaliada pela perspectiva econômica, a acessibilidade do mercado de trabalho às pessoas com limitações funcionais.

Por fim, o presente estudo não tem por objetivo sugerir conceitos ou definições visando economia de recursos estatais com a suposta rigidez na avaliação da concessão de benefícios relacionados à incapacidade laboral.

É o ser humano e a sua complexa teia da vida que instigam o contínuo e incessante estudo sobre o tema, e que centram as ações do Estado.

Capítulo1: A evolução da proteção social

Nesse capítulo será tratada a evolução da proteção social, a definição de seguridade social, os riscos e a vedação do retrocesso.

Iniciado com um nítido carácter assistencialista, num momento posterior, a proteção social teve por objetivo conter os riscos encontrados num ambiente de trabalho perigoso e insalubre formado com a revolução industrial para, só então, no terceiro degrau evolutivo, começar a se pensar numa proteção para garantir a dignidade humana.

1.1 A assistência, as primeiras medidas e a liberdade

A evolução da proteção social pode ser sistematizada em três etapas, conforme resumido por Daniel G. Perez: (i) primeiras medidas de proteção social: desde a origem das primeiras organizações sociais até o aparecimento dos seguros sociais; (ii) seguros sociais: desde final do século XIX até a criação dos sistemas de seguridade social; (iii) políticas de seguridade social: a partir de 1930 até a atualidade⁶.

Ainda que sistematizada, é necessário reconhecer certa dificuldade em traçar a linha histórica da evolução da proteção social. A doutrina menciona alguns institutos jurídicos embrionários que tiveram tímida natureza assistencialista. E começar a discorrer sobre eles, ainda que apenas como referência histórica, poderia ser um bom começo.

No entanto, o Estado surgiu muito antes das primeiras medidas de proteção social, ou da edição das “*Poor Laws*” (explanadas abaixo). Esses institutos assistencialistas foram sendo introduzidos na sociedade em razão da constatação dos fenômenos que surgiam com a evolução social e individual.

As medidas assistencialistas, que caracterizam o Estado-Providência⁷ demoraram séculos para sua implementação e efetividade. A preocupação dos governantes com o bem estar do indivíduo é relativamente recente nos longos anos de existência do Leviatã, mais ocupado com a conquista de território e riqueza, em sucessivas e infindáveis batalhas.

Aliás, uma das primeiras referências à proteção social no seu aspecto histórico, é

⁶ PÉREZ, Daniel G., Sacha Calmon Navarro (coord.). Contribuições para a seguridade social. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 208.

⁷ SILVA, Filipe Carreira da. O Futuro do Estado Social. Lisboa: Ed. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013, p. 17.

encontrada na Roma Antiga. Naquela época, o “exército romano guardava duas partes de cada sete do salário do soldado. Quando ele se aposentava, recebia as economias junto com um pedaço de terra”⁸.

As guildas germânicas e anglo-saxônicas (organizações religiosas, laborais e econômicas) apareceram e se desenvolveram a partir do século VII, e “algumas delas incluíam em suas finalidades a assistência em casos de doença e cobertura de despesas de funeral”⁹.

Ao abrir mão da liberdade para conviver em grupo, o indivíduo se tornou dependente de seus pares para obter sua subsistência. E o grau de dependência de um indivíduo pelo outro aumentou na mesma proporção em que a sociedade se tornou mais complexa, isto é, com o aprofundamento das relações individuais e sociais.

No século XII, é possível verificar um vacilo nesta relação entre os indivíduos e a coletividade, conforme mencionado por Albert Jacquard.

É quando surgem os moinhos de vento, as primeiras catedrais góticas, o uso da bússola e se desenvolvem novas armas militares como o arco e a seta. O desfecho da batalha, então, não depende apenas da valentia de nobres cavaleiros, mas também da perícia de peões vulgares que alugam a sua mestria no uso daquela arma a quem estiver disposto a pagar. A vitória está destinada ao mais rico, compra-se e vende-se¹⁰.

A profundidade da transformação social ocorreu na mesma medida que se conferiu maior importância ao dinheiro, pois dele a sobrevivência passou a ser dependente.

É nesse contexto que o cotidiano se torna capitalizado e a sobrevivência do indivíduo não depende mais de si; é necessário produzir ou realizar um serviço que um terceiro tenha interesse para obter algo que os outros produzem, desencadeando frenética troca de mercadoria. Assim, as habilidades são desenvolvidas e valoradas, até mesmo [e especialmente] os bens imateriais, como a liberdade e a espiritualidade.

A liberdade de um cavaleiro feito prisioneiro pode ser adquirida pelo preço proporcional ao seu grau de nobreza. A igreja generaliza o sistema de domínio espiritual: a intervenção do Clero, para atrair a graça divina, é remunerada; e o perdão, necessário para quem não quiser uma vida eterna de tormentos, é tarifado. Enfim, os <valores> que outrora determinavam todas as escolhas, a honra, a palavra dada, o serviço divino, tornam-se, entre todos esses outros bens como

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 03.

⁹ ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. Curso de Direito Previdenciário. p. 07.

¹⁰ JACQUARD, Albert. Ensaio sobre a pobreza. A herança de Francisco de Assis. Tradução: Pedro Braga. Título original: *Le souci des pauvres – L'héritage de François d'Assise*. Publicações Europa-América Ltda. Calmann-Lévy, 1996, p. 16.

valor mercantil, cada vez mais insignificantes¹¹.

A formação de uma sociedade complexa demandou surgimento de ofícios especializados na produção e prestação de serviço para atender as inúmeras necessidades dos indivíduos que compartilhavam a vida social.

Assim, aquele que planta já não é mais o mesmo que fabrica o alimento, e é um terceiro que serve à mesa. A produção de mais quantidade do que necessidade gerou a acumulação de riqueza, que trouxe a miséria a reboque em razão da falta de organização da distribuição dos bens produzidos.

A sobrevivência, então, passou à polissemia. A definição desta categoria não se satisfaz com o plantar, fabricar suas roupas e a própria moradia; é necessário apreender um ofício, poder exercê-lo e valorizá-lo para então, com o fruto do trabalho convertido em dinheiro, conseguir adquirir outros produtos e serviços necessários à subsistência.

Na Idade Moderna, pobre era definido como “todo aquele que vivia apenas do seu trabalho porque a qualquer momento podia cair na mais absoluta miséria¹²”. Aos poucos, até mesmo a agricultura não podia mais ser exercida por qualquer um, que exigia não só uma técnica, mas também uma área suficiente que vai se tornando escassa com o crescimento dos centros urbanos.

Aliás, com a revolução industrial, a terra arável se transformou em pastagem para criação de carneiros e venda de sua lã aos novos centros de indústria têxtil, por parte dos senhores e nobres ingleses, a expulsão dos camponeses de terra das quais retiravam o sustento¹³.

Enquanto não havia proteção ao trabalhar, este sempre poderia contar com o cultivo da terra onde vivia. No entanto, com a movimentação para os centros urbanos, essa opção deixou de existir. Daí surgiu um sentimento de constante insegurança a respeito do futuro do ser humano e de sua família, em razão da dependência ao trabalho¹⁴.

As pessoas, aos poucos, foram privadas da liberdade de obter o próprio sustento, para serem inseridas num sistema de produção de bens de consumo que resultava na dependência do trabalho de uma pelo trabalho das outras. E disso implicou uma nova ideia de pobreza, relacionada a incapacidade do ser humano inserir-se nesse sistema de produção e

¹¹ JACQUARD, Albert. Ob. cit. p. 16/17.

¹² LOPES, Maria Antônia. Proteção social em Portugal na Idade Moderna. Coimbra: Ed. Universidade de Coimbra, 2010, p. 20.

¹³ ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. Curso de Direito Previdenciário. p. 36.

¹⁴ FERNANDES, Petra Monteiro. O Direito à segurança social enquanto ditame da dignidade da pessoa humana in Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª ed. Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva (coord). São Paulo: Quartier Latin, 2009., p. 14531.

dependência, para ser valorizado mediante uma renda mensal, e comprar sua própria subsistência.

A sustentabilidade se torna um valor, e não mais um produto direto do esforço humano. Pobre era “todo aquele que sofria carências pelo menos numa das seguintes necessidades básicas: alimentação, vestuário e alojamento”¹⁵; e também o incapaz para o trabalho, já que não conseguia adquirir sua subsistência em razão da inexistência de um seguro social.

E quem não tinha bens, e quem não tinha condições de trabalhar, se tornava pobre. O miserável vivia a incapacidade permanente de prover às necessidades vitais, portanto, sua sobrevivência, quando não alcançada por seus próprios meios, dependia da caridade particular e institucional¹⁶.

A distinção de classes se acentuou; a miséria ganhou corpo e o pobre se tornou cliente do assistencialismo.

O século XVI foi marcado pela defesa da centralização de serviços assistenciais, a proibição da mendicância e a obrigatoriedade do trabalho. Nesta época surgiram “as *Poor Laws* (1597-1601) que instauraram um sistema de proteção social original (pago pelo produto de taxas impostas à população, traduzindo-se em assistências domiciliares organizadas em cada paróquia e impondo a obrigação dos assistidos em residirem nos seus locais de origem) que iria se manter até 1834”¹⁷ (grifo no original).

O marco da criação da assistência social encontra-se na Inglaterra e data de 1601, com a edição da antiga Lei dos Pobres (*Old Poor Law*), que regulamentou a instituição de auxílios e socorros públicos aos necessitados. Seus principais parâmetros eram: visavam os indigentes (válidos, inválidos e crianças), em sistema paroquial (vinculado aos condados). As crianças e os inválidos recebiam benefícios, enquanto os válidos deveriam receber empregos e formavam o que hoje se compreende como ‘banco de empregos’¹⁸.

A Lei dos Pobres foi disseminada em diversos países europeus e através dela “as autoridades (geralmente locais) eram responsáveis por angariar financiamento para suprir as necessidades dos membros mais desfavorecidos da sociedade”¹⁹.

Impostos e taxas locais, que incidiam sobre todos os donos de casas e

¹⁵ LOPES, Maria Antônia. Ob. cit. p. 21.

¹⁶ LOPES, Maria Antônia. Ob. cit. p. 21.

¹⁷ LOPES, Maria Antônia. Proteção social em Portugal na Idade Moderna. Ed. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 32.

¹⁸ TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. Ed. Impetus, Niterói, 2012, p. 52.

¹⁹ SILVA, Filipe Carreira da, O Futuro do Estado Social. Ed. Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa, 2013. 17.

arrendatários, ricos ou não, financiava o sistema de ajuda legal aos pobres. Nas paróquias, o tipo de auxílio dependia da condição de pobre: velhos e inválidos recebiam esmola e asilo; órfãos e crianças recebiam aprendizagem de ofício; aos homens capazes eram arranjados empregos; e aqueles que se recusavam a trabalhar, quando podiam, eram presos²⁰.

No entanto, algumas paróquias eram mais bem sucedidas do que outras, e para evitar o fluxo de indigentes, em 1662 foi decretado o *Act of Settlement and Removal* (Lei do Domicílio), que restringia ao máximo a mobilidade geográfica do povo²¹.

No século XVII, o Estado moderno foi dotado de um aparelho repressivo que combateu a vagabundagem e a miséria com uma política de internamento. O pobre e o mendigo eram reprimidos “porque já não se exaltava e venerava a pobreza enquanto valor espiritual. Pelo contrário, internava-se o pobre para que fosse educado e reintegrado numa sociedade que o via como inútil e prejudicial”²².

A preocupação do Estado não era prover os pobres com o mínimo de dignidade e retirá-los da situação de miséria. Não era a sensibilidade das autoridades para resolver essa situação que moviam as ações. A preocupação do Estado “era a manutenção da ordem pública, o controlo do movimento das populações, a gestão de mercado laboral, mais do que propriamente o bem-estar dos mais pobres”²³.

Essa referência também é encontrada na doutrina de Daniel Machado da Rocha e José Antônio Savaris:

À medida que as sociedades evoluem, as políticas de socorro aos desvalidos não emergem apenas motivadas pelo espírito de caridade, mas também como medida de ordem pública que poderia ser ameaçada pela fome e pela miséria de grandes grupos de excluídos. Conquanto a repressão penal não fosse suficiente, as medidas de polícia continuavam sendo amplamente utilizadas pelos Municípios e Estados, tais como a expulsão dos indigentes e as deportações ultramar²⁴.

Aliás, esse tipo de ação, mais pragmática do que altiva, é vista em Portugal no ano de 1836 quando foi criado o Conselho Geral de Beneficência, que teve por objetivo ajudar a extinguir a mendicidade²⁵.

A mobilidade física do trabalhador foi restaurada com a revogação parcial do *Act of*

²⁰ ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. Curso de Direito Previdenciário. p. 38

²¹ ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. Curso de Direito Previdenciário. p. 38/39

²² LOPES, Maria Antônio. Ob. cit. p. 32.

²³ SILVA, Filipe Carreira da. Ob. cit. p. 17.

²⁴ ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. Curso de Direito Previdenciário. p. 35.

²⁵ SILVA, Filipe Carreira da. Ob. cit. p. 17.

Settlement, em 1795, por pressão da necessidade das indústrias, por ocasião da Revolução Industrial. Nesse mesmo ano foi introduzida a *Speenhamland Law*, que garantia renda mínima para todos aqueles que eram atendidos no sistema da *Poor Law*, ainda que estivessem empregados, desde que o salário fosse menor do que a renda familiar estabelecida pela tabela²⁶.

Por outro lado, a assistência solidária que era prestada pelas congregações religiosas foi enfraquecida com a Revolução Francesa, ao proclamar o Estado laico²⁷.

No século XVIII, o Iluminismo floresceu com sentimento de compaixão para com os seres humanos infelizes, e a causa da pobreza foi relacionada com a organização socioeconômica. Ao Estado foi atribuído um dever público de assistência, “agora perspectivada como beneficência e não prática de caridade. Beneficência que procedia da filantropia, o amor aos homens, e não da caridade, o amor a Deus”²⁸. No entanto, pouco deste discurso se converteu em realidade.

No percurso destes séculos, não foi o agravamento da pobreza, nem a elevação de sentimentos religiosos ou éticos que influenciaram a forma como o pobre e o mendigo eram tratados; mas sim, as exigências de mercado e o grau de estabilidade social²⁹.

Quando existia uma indústria em expansão carente de braços ou, acréscimo eu, as necessidades da guerra pediam soldados, acentuava-se ou surgia uma política repressiva da mendicidade e da vagabundagem, constringendo essa massa de gente improdutiva ao trabalho por baixos preços ou ao recrutamento. Se a multidão de vagabundos ameaça engrossar perigosamente, a resposta política era a repressão, frequentemente com um cariz apenas local, com expulsões de perímetro urbano. Quando a oferta de trabalho era incipiente e a mão-de-obra abundante, mesmo miserável, os estados e os municípios fechavam os olhos à vagabundagem e à mendicidade se estas não se revelassem socialmente perigosas³⁰.

A equiparação do trabalho a uma mercadoria, transformando-o em objeto de locação, foi exposta com a Revolução Industrial. Os problemas sociais foram acentuados com o surgimento de uma classe operária maltratada pela excessiva jornada de trabalho [14 horas diárias] e pouco valorizada. Aliado a isso, soma-se o alto índice de desemprego e alcoolismo³¹.

A concepção de Estado através do pensamento liberal, que estava em

²⁶ ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. Curso de Direito Previdenciário. p. 39.

²⁷ TAVARES, Marcelo Leonardo. Ob. cit., p. 53.

²⁸ LOPES, Maria Antônio Lopes. Ob. cit. p. 32/33.

²⁹ LOPES, Maria Antônio. Ob. cit. p. 33.

³⁰ LOPES, Maria Antônio. Ob. cit. p. 33/34.

³¹ TAVARES, Marcelo Leonardo. Ob. cit., p. 53.

desenvolvimento à época, permanecia inerte diante das relações havidas entre particulares, “sem estabelecer normas de limitação à autonomia pessoal”³².

Desse modo, a proteção ao trabalhador, até então voluntariamente feita por aqueles que se preocupavam com a dignidade humana, muitas vezes só existia sob a forma de caridade³³.

A caridade, que marcou a política de proteção social, pode ter sido influenciada pelo pensamento cristão, na medida em que a Igreja introduzia a ideia da fraternidade; e em certa medida, foi estendida para estado liberal, cujo ideal vigente encarava a pobreza e a privação das classes como aspectos inevitáveis da sociedade³⁴.

A doutrina liberal promovia a autonomia do indivíduo e inibia a intervenção estatal, potencializando a liberdade. Assim, todos os homens eram livres e iguais perante a lei; livres para “fazer de sua vida privada o que bem entendesse ou pudesse. Inclusive admitindo e estimulando a alienação, por contrato de trabalho, de parte de sua liberdade, em troca de recompensa pecuniária”³⁵.

Na fase de consolidação das premissas e postulados liberais e através dos embates ideológicos e políticos com seus oponentes, houve uma radicalização de postura: tudo o que impedisse ou limitasse a liberdade individual deveria ser suprimido, já que a liberdade é a condição natural do homem. Desde a autoridade da Igreja que inibe o livre pensamento ou os sindicatos que impedem a livre indústria, até o poder absoluto e dirigista do monarca que reprime a liberdade dos súditos com vocação para serem cidadãos³⁶.

A fonte da atividade econômica era a vontade privada, e não havia qualquer sentido em substituir a autonomia privada pela vontade estatal. Aliás, esse pensamento soava como tirano e irracional, já que suprimia a liberdade individual em nome da arbitrariedade dos Poderes Públicos³⁷.

E, se antes o Estado não se importava com o miserável, fosse ele simplesmente pobre ou inválido, agora não poderia intervir em seu favor. A liberdade justificava e fomentava a

³² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 14ª ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 40.

³³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Ob. cit., p. 40.

³⁴ PÉREZ, Daniel G. Ob. cit., p. 208. No texto original: “La política de no intervención estatal se sustentaba en la teoría del liberalismo económico de Adam Smith, según la cual la pobreza y las privaciones de las clases inferiores eran hechos inevitables. En todo este extenso período hubo movimientos fundamentales para la humanidad que influyeran de un modo clave en la concepción de lo que debía ser la protección social. Esencialmente, el Cristianismo constituyó una verdadera revolución social al instalar la idea de fraternidad humana y su consecuencia: el deber de ayudar a pobres y necesitados”.

³⁵ CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 93.

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio. Ob. cit., p. 93.

³⁷ DANTAS, Ivo. Teoria do Estado Contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190.

exploração da mão-de-obra.

A ampla liberdade gerou profunda desigualdade na distribuição de riquezas entre a burguesia e a crescente classe operária, e na medida em que crescia, esta última tomava consciência que essa liberdade não era suficiente para retirá-la de uma situação opressora, pouco valorizada e com extenuante jornada de trabalho.

A classe operária tomou corpo de massa despossuída; se identificava numa igualdade de pobreza material e condições extremas; sem nada mais a perder porque não havia mais nada a conquistar; se tornou órfã da relação política do Estado³⁸.

O pensamento liberal não surgiu em voz uníssona; praticamente concomitante ao aparecimento do liberalismo surgiram vozes discordantes. Por um lado, a liberdade que permite a opressão pela exploração do trabalho pelo capital, e de outro, a liberdade que impede a escravização e possibilita a participação do homem na construção da sociedade moderna³⁹.

No último quarto do século XIX, o liberalismo foi muito questionado “tanto em sua vertente mais política – voto censitário – como em sua defesa dos velhos dogmas econômicos que eram contrários e refutavam qualquer intervenção do Estado nos domínios econômico e social”⁴⁰.

E dentre muitos vetores que contribuíram para a mudança de pensamento a respeito do liberalismo, é possível citar: a) o aumento da produção de riqueza que o capitalismo industrial produzia criava profunda miséria urbana; b) a constatação, por meios oficiais, nos países de intensa industrialização, do aumento expressivo do número de greves, acidentes de trabalho, trabalho infantil; c) o aumento expressivo do conflito de classes com o liberalismo estatal reprimindo, muitas vezes de forma violenta, os movimentos dos trabalhadores⁴¹.

1.2 Os modelos de proteção social e a gestão dos riscos sociais

A evolução da proteção social, conforme já mencionado, pode ter seu marco inicial num modelo nitidamente assistencialista em que se pregava a caridade aos indigentes e aos miseráveis. A tímida atuação estatal foi complementada por instituições religiosas. Aliás, é

³⁸ ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Antropologia Jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 83.

³⁹ CRUZ, Paulo. Ob. cit. p. 109.

⁴⁰ CRUZ, Paulo. Ob. cit. p. 115.

⁴¹ CRUZ, Paulo. Ob. cit. p. 115/116.

possível afirmar que “a assistência religiosa é a base histórica da assistência social”⁴², que cresceu a partir do cristianismo e seu dogma com a caridade⁴³.

Num segundo momento, desencadeada pela Revolução Industrial, e pelo resultado das péssimas condições de trabalho, procurou-se a compensação aos acidentes de trabalho, seguida pelos seguros invalidez e doença, pensões de reforma, e finalmente, o subsídio para o desemprego.

A expansão e maior atuação estatal foram marcos desse momento na evolução da proteção social.

A seguridade social teve, na sua gênese, um conjunto de iniciativas e atividades que podemos reconduzir ao domínio da assistência social, isto é, iniciativas e atividades de mobilização de recursos dos mais abastados com o objetivo de dar apoio aos indivíduos e famílias mais carenciados. Na verdade, só mais tarde começou a ser pensada e organizada em torno do apoio à classe dos trabalhadores, assumindo então uma faceta mais previdencial, orientando-se consequentemente para o objectivo de reduzir ou suprimir os riscos do trabalho dependente⁴⁴.

A proteção social surgiu como uma importante ferramenta para pavimentar a construção política do Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*), cujos contornos democráticos legitimavam a intervenção na ordem econômica⁴⁵.

No século XIX os economistas políticos estavam divididos na solução do problema da desigualdade de classe. Segundo o pensamento liberal, o livre mercado seria a melhor resposta para abolir as classes, a desigualdade e o privilégio. A igualdade e a prosperidade surgiriam com o máximo mercado livre e o mínimo de interferência estatal. Do outro lado do campo estavam os marxistas, que acreditavam que a acumulação do capital despojava o povo da propriedade e aprofundava a divisão de classe⁴⁶.

A igualdade fundamental, para o pensamento da social-democracia, somente seria alcançada com a socialização da economia. Dois argumentos foram apresentados: a) os trabalhadores precisavam de recursos sociais, saúde e educação para participar efetivamente como cidadãos; b) a política social é pré-condição de eficiência econômica, além de

⁴² MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. 4ª ed. São Paulo: LTr., 2011, p. 289.

⁴³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Ob. cit. p. 289.

⁴⁴ NABAIS, José Casalta. coord. Sacha Calmon Navarro Coelho. ob. cit. p. 568.

⁴⁵ PASSOS, Fabio Luiz dos. A evolução das ferramentas de proteção social superando o modelo de previdência social voltado a sociedade industrial para atender aos desafios da nova realidade social. Itajaí: Univali, 2013, p. v.

⁴⁶ ESPING-ANDERSEN, GOSTA. As três economias políticas do Welfare State. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Título original: *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº 24 – Setembro/1991 disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006 acessado em 21/06/2015.

emancipadora do mercado⁴⁷.

Não foi pela derrota do pensamento liberal, mas sim, “motivados por nada além do desejo de reprimir a mobilização aos trabalhadores” que o *Welfare State* começou a ganhar espaço⁴⁸.

Assim, formam-se dois modelos de proteção social:

(i) a primeira seguia as proposições de Bismarck, segundo as quais apenas os trabalhadores eram os destinatários do “seguro”, que convertiam as contribuições de forma compulsória para o sistema. A responsabilidade, nesse modelo, era limitada a normatizar e fiscalizar o sistema com um pequeno aporte de recursos⁴⁹.

(ii) a segunda é orientada pelo trabalho de Beveridge, que não se limita a proteger o trabalhador, mas amplia sua esfera de atuação para atingir todo o cidadão, adquirindo caráter universal. A responsabilidade do Estado, nesse modelo, é muito maior, porque o orçamento estatal é utilizado para financiar a proteção social dos cidadãos⁵⁰.

1.2.1 O modelo bismarckiano – os seguros sociais

Otto Edward Leopold von Bismarck, nascido em 1º de abril de 1815, foi o fundador do Estado-social alemão, através da criação do sistema de seguros sociais obrigatórios no fim do século XIX⁵¹.

Em 1869 Bismarck foi convidado pelo Parlamento da Confederação Norte a desenvolver um projeto de “seguro operário” para conter os graves problemas trazidos pelo desenvolvimento industrial na Alemanha⁵².

A justificativa do modelo de seguro social bismarckiano não assenta suas bases em prover a classe operária com a mínima dignidade, que sofre com as péssimas condições de trabalho, explorada pela indústria capitalista.

A reforma de Bismarck tinha por objetivo político obter o apoio popular para evitar

47. ESPING-ANDERSEN, GOSTA. As três economias políticas do Welfare State.

48. ESPING-ANDERSEN, GOSTA. As três economias políticas do Welfare State.

49. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. ob. cit. p. 47.

50. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. ob. cit. p. 47.

51. QUELHAS, Ana Paula Santos. A refundação do papel do Estado nas políticas sociais. Livraria Almedina. Coimbra, 2001, p. 38.

52. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de direito da seguridade social. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 05.

as tensões sociais e impedir movimentos socialistas fortalecidos com a crise industrial⁵³.

Além disso, as motivações de Bismarck se assentavam na consolidação das divisões entre os assalariados, ao aplicar programas distintos de acordo com a classe e status e também tinha “propósito de vincular as lealdades do indivíduo diretamente à monarquia ou à autoridade central do Estado”⁵⁴.

Em 17.11.1881, Bismarck encaminhou mensagem ao congresso introduzindo um sistema novo: “o estado como promotor positivo de direito social e como coordenador da sociedade”⁵⁵.

As três leis sociais de Bismarck foram aprovadas no ordenamento jurídico alemão em períodos distintos.

A primeira, editada em 15.06.1883, se refere ao seguro-doença; a segunda, em 06.07.1884, institui a proteção contra acidentes de trabalho; e finalmente, em 24.06.1889, foram estabelecidos seguros invalidez e velhice⁵⁶.

A lei relativa ao seguro-doença teve como foco inicial os operários assalariados cujo rendimento anual não ultrapassasse os dois mil (2.000) marcos, e o sistema era financiado pelo empregado e pelo empregador: dois terços (2/3) era devido pelo empresário e um terço (1/3) era devido pelo assalariado. Em caso de doença, o subsídio pago era proporcional à remuneração auferida⁵⁷.

A lei de 1884, relativa aos acidentes de trabalho, “obrigava o patronato a contribuir para uma caixa corporativa, de modo a cobrir a invalidez permanente dos assalariados, resultante de acidente de trabalho. Numa situação de incapacidade total, era atribuída aos operários uma renda correspondente a dois terços do respectivo salário”⁵⁸.

A referida lei incorporou a responsabilidade objetiva, por meio da qual todo o acidente de trabalho era indenizado, ainda que sem culpa do empregador. E a cotização era integralmente coberta pelo empregador⁵⁹.

A lei de 1889, que instituiu o primeiro sistema de aposentadoria [reformas] “estabelecia quotização em partes iguais para trabalhador e empregador. Em 1911, estas leis foram codificadas num compêndio único, que recebeu o nome de *Código dos Seguros Sociais de*

⁵³ MARTINS, Sérgio Pinto. Ob. cit., p. 05.

⁵⁴ ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. Curso de Direito Previdenciário. p. 46.

⁵⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. Ob. cit. p. 54.

⁵⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Ob. cit. p. 04.

⁵⁷ QUELHAS, Ana Paula Santos. A refundação do papel do Estado nas políticas sociais. Livraria Almedina. Coimbra, 2001. p. 38.

⁵⁸ QUELHAS, Ana Paula Santos. Ob. cit. p. 38.

⁵⁹ PEREZ, Daniel G. Ob. cit. p. 210.

1911”⁶⁰. (destaque no original).

O sistema de seguridade social alemão assentou seus pilares em cinco características: a) obrigatoriedade jurídica; b) classista, já que afetava somente os trabalhadores de indústrias; c) era financiado pelo empregador com participação do empregado, e ocasionalmente, subvencionado pelo Estado; d) atende riscos e causas do infortúnio e trata de reparar as perdas, especialmente o salário; e) cada seguro possui uma estrutura administrativa própria⁶¹.

É importante acrescentar que nesse modelo [bismarkiano] “somente contribuíam os empregadores e os próprios trabalhadores numa poupança compulsória, *abrangendo a proteção apenas destes assalariados*”⁶² (grifo no original).

Ademais, esse modelo (bismarckiano) foi marcado pelo caráter contributivo prévio. Nenhum benefício poderia ser concedido sem o anterior ingresso do no mercado de trabalho. Logo, as pessoas que não conseguiam trabalhar (e cotizar), por serem deficientes ou oriundas de classes menos favorecidas, estavam excluídas do sistema⁶³.

Agricultores, marítimos e outras classes além da industrial típica não estavam incluídos no seguro contra doenças e acidentes. Apenas em 1892 os trabalhadores administrativos foram incorporados ao seguro contra doenças⁶⁴.

No ano de 1891 o Papa Leão XIII publicou a Carta Encíclica *Rerum Novarum* [Encíclica das Coisas Novas], sobre as condições dos operários.

Através da referida carta, a Igreja condenou os empregadores gananciosos que exploravam o operário com excessiva jornada de trabalho; reconheceu deveres dos operários e dos empregadores e criticou os socialistas que instigam “no pobre o ódio invejoso contra os que possuem”⁶⁵.

Também reconheceu que o Estado deve proteger a propriedade privada, impedir as greves e proteger as condições de trabalho do operário, das mulheres e crianças.

A Encíclica “contribuiu para o avanço do reconhecimento de direitos humanos

⁶⁰ QUELHAS, Ana Paula Santos. Ob. cit. p. 38.

⁶¹ PÉREZ, Daniel G. Ob. cit. p. 210/211. No texto original: El sistema alemán de seguros sociales presentaba las siguientes características: a) Obligatoriedad jurídica, es decir, para todos los individuos considerados por la ley. b) carácter laboral o profesional, ya que sólo afectava a los trabajadores industriales. c) reparto de la carga financiera entre empleadores y trabajadores, con ocasionales subvenciones del Estado. Una de las originalidades de este sistema es, precisamente, la de imponer contribuciones a personas no protegidas: los empleadores. d) causalidade y reparación: el sistema atende los riesgos y causas del infortúnio y trata de suplir las pérdidas, en especial, la del salario. e) diversidad de estructuras administrativas: cada seguro tiene estructura administrativa propia.

⁶² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Ob. cit. p. 46.

⁶³ ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. Curso de Direito Previdenciário. p. 47.

⁶⁴ ARAÚJO, Orlando de. O trabalhador global e a previdência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 17.

⁶⁵ Papa Leão XIII. Igreja Católica. Carta Encíclica Rerum Novarum sobre as condições dos Operários. Disponível em http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acessado em 24.08.2014.

sociais, entre os quais a previdência, mais tarde positivados em instrumentos nacionais e internacionais”⁶⁶.

A organização estatal, agora, passa a ser marcada pelos direitos de segunda dimensão. A intervenção do estado, portanto, é justificada na necessidade de garantir uma qualidade mínima de vida, sem as quais, os direitos de liberdade e cidadania política [nomeadamente de primeira dimensão] ficariam sem qualquer sentido⁶⁷.

As crises econômicas dos séculos XIX e XX, a Revolução Industrial e a Grande Depressão de 1929 foram os fatores criadores das grandes mazelas humanas, e que impulsionaram a intervenção do Estado na vida econômica e social para impedir crises cíclicas e garantir um mínimo de bem-estar a grande parte da população⁶⁸.

1.2.2 O modelo beveridgiano – regime universal e único

Willian Henry Beveridge, nascido em 1879, em Rangpur, no Paquistão, se tornou importante economista britânico. Entre 1919 a 1937, dirigiu a *London School of Economics* e obteve notoriedade com o plano Beveridge, por meio do qual preconizou alguns dos princípios fundamentais sobre os quais se ergueram, durante o advento do Estado de bem-estar, os sistemas de Segurança Social⁶⁹.

Em 1942, Beveridge publicou o relatório *Social Insurance and Allied Services*, por meio do qual propôs uma ideia de Estado interventor que deveria ter atuação em face do “risco social”, este entendido como conjunto de vicissitudes capazes de pôr em causa o rendimento regular dos indivíduos⁷⁰.

O sistema preconizado por Beveridge é, simultaneamente, generalizado, unificado e uniforme. Generalizado, já que nele contempla toda a população, independente da atividade exercida ou do rendimento auferido; unificado, já que assenta num princípio de quotização única, ou seja, a mesma quotização cobre o indivíduo de todas as componentes do <risco social>; uniforme, em virtude de as prestações serem únicas e independentes do rendimento

⁶⁶ ARAÚJO, Orlando de. Ob. cit. p. 19.

⁶⁷ CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do Direito Constitucional. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 161.

⁶⁸ CRUZ, Paulo Márcio. Ob. cit., p. 161.

⁶⁹ QUELHAS, Ana Paula Santos. Ob. cit. p. 36.

⁷⁰ QUELHAS, Ana Paula Santos. Ob. cit. p. 37.

auferido⁷¹.

Há um notável avanço na concepção previdenciária de Beveridge, na medida em que seu plano é baseado na dignidade da pessoa humana e não mais na proteção somente dos trabalhadores ou dos indigentes como até então havia⁷².

A proteção social é ampliada para uma cobertura universal e recebe tratamento uniforme; daí decorre um regime universal, compulsório e único.

A ideia de solidariedade social é introduzida nesse sistema, na medida em que envolve toda a sociedade que é chamada para contribuir “para a criação de um fundo previdenciário, do qual são retiradas as prestações para aqueles que venham a ser atingidos por algum dos eventos previstos na legislação de amparo social”⁷³.

Esses pilares fincados pelo plano Beveridge se projetam internacionalmente como resultado do interesse em resolver duas questões: a) necessidade de harmonizar, em nível mundial, as normas e tendências da Seguridade Social; b) os problemas que, nesta matéria, afetam os cidadãos de uma nação nas suas relações com um país estrangeiro⁷⁴.

A primeira dessas questões pode ser verificada na intervenção de organismos internacionais que emitiram documentos de notável valor, *v.g.* o Convênio 102 da Organização Internacional do Trabalho [relativo a normas mínimas de seguridade, adotado em 28.06.1952]; e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 10.12.1948, que estabeleceu, no art. 22, que “*toda pessoa, enquanto membro da sociedade, tem direito a Seguridade Social*”⁷⁵.

A segunda das questões vai se desenrolando com a resolução de tratados bilaterais e multilaterais de Seguridade Social⁷⁶.

A característica da universalidade influenciou o ordenamento jurídico de vários países e modelou a seguridade social, não só para atingir um universo de destinatários, mas também para incluir um universo de prestações.

Assim, “todas as pessoas possuem direito à ampla e efetiva proteção social,

⁷¹ QUELHAS, Ana Paula Santos. Ob. cit. p. 37.

⁷² TAVARES, Marcelo Leonardo. Ob. cit. p. 56.

⁷³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Ob. cit. p. 46.

⁷⁴ PEREZ, Daniel G. Ob. cit. p. 212. No texto original: “Basándose en estos principios rectores, se proyecta la internacionalización de la seguridad social, como resultado en el interés de resolver dos tipos de cuestiones: (i) la necesidad de armonizar a nivel mundial las normas y tendencias de Seguridad Social; y (ii) los problemas que en la materia afectan a los ciudadanos de una Nación, en sus relaciones con un país extranjero”.

⁷⁵ PEREZ, Daniel G. Ob. cit. p. 212/213.

⁷⁶ PEREZ, Daniel G. Ob. cit. p. 213.

independente de situações de classe ou posição social”⁷⁷, válido para todos os cidadãos, independentemente de exercerem atividade remunerada. Além disso, “o Sistema de Seguridade Social deve se estruturar com essa perspectiva de universalidade de serviços e benefícios, de modo mais inclusivo possível, permitindo a todos o exercício desse aspecto da cidadania”⁷⁸.

1.3 A evolução da proteção social em Portugal e no Brasil

No Brasil, a evolução da legislação da seguridade social seguiu a lenta tendência internacional. Na doutrina é encontrada referência a existência de Santas Casas (1543) que atuaram no segmento da assistência social e o montepio para a guarda pessoal de D. João VI (1808)⁷⁹.

Ainda no ano de 1785 foi estabelecido o plano de Beneficência dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha, mas o primeiro texto em matéria de direito previdenciário que se tem notícia foi expedido em 1821, pelo ainda Príncipe Regente Dom Pedro de Alcantara⁸⁰.

No âmbito constitucional brasileiro, a Constituição de 1891 previu a aposentadoria por invalidez aos servidores públicos, sem correspondência para os demais trabalhadores⁸¹.

No entanto, a Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo 4.682, de 24.01.23) é apontada pela doutrina como o marco inaugural do sistema de previdência social.

A Lei Eloy Chaves criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões nas empresas de estradas de ferro, mediante contribuição dos trabalhadores, das empresas e do Estado, e assegurou aposentadoria aos trabalhadores e pensão a seus dependentes em caso de morte do segurado além de assistência médica e diminuição do custo de medicamentos⁸².

Como a Lei Eloy Chaves era restrita aos trabalhadores vinculados à empresas de estrada de ferro, logo outras categorias buscaram a mesma proteção, com benefícios aos portuários e marítimos (Lei 5.109/1926), e ao pessoal das empresas de serviços telegráficos e radiotelegráficos (Lei 5.485/1928)⁸³.

Atualmente as diretrizes da seguridade social estão previstas no art. 194 e

⁷⁷ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Seguridade Social como Direito Fundamental Material. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 146.

⁷⁸ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Ob. cit. p. 147.

⁷⁹ IBRAHIM, Fabio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 54.

⁸⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Ob. Cit. p. 66.

⁸¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Ob. Cit. p. 67.

⁸² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Ob. Cit. p. 67.

⁸³ IBRAHIM, Fabio Zambitte. Ob. Cit. p. 67.

seguintes da Constituição Federal de 1988, que compreende ações direcionadas a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A Lei nº 8.212/91 dispõe sobre a organização da seguridade social e instituiu o plano de custeio. A Lei nº 8.213/91 instituiu o Plano de Benefícios da Previdência Social. A organização da assistência social foi instituída pela Lei nº 8.742/93. É possível concluir, portanto, que o sistema da seguridade social no Brasil é previsto em legislação esparsa.

Em Portugal, o Decreto de 17 de julho de 1886 é apontado como o primeiro diploma legal relativo à previdência, que estabeleceu um regime de pensões de reforma a favor dos operários fabris do Estado. A evolução legislativa foi relativamente lenta e desenvolvida com base em numerosa legislação dispersa, até a aprovação da primeira lei de bases (Lei nº 28/94)⁸⁴.

Atualmente, o sistema de segurança social lusitano está estruturado sobre a Lei de Bases da Segurança Social – LBSS nº 32 de 20 de dezembro de 2002⁸⁵, que abrange três sistemas: 1) sistema público da segurança social; 2) sistema de ação social; 3) sistema complementar⁸⁶.

A segurança social em Portugal se desdobra em três outros subsistemas: a) subsistema previdencial; b) subsistema de solidariedade; c) subsistema da proteção familiar⁸⁷.

O subsistema previdencial é assentado no princípio da solidariedade profissional, e garante o pagamento de prestações pecuniárias substitutivas de rendimentos de trabalho, que o trabalhador tenha perdido como resultado de eventualidades (art. 27). As seguintes eventualidades são previstas na lei de bases: doença, maternidade, paternidade, adoção, desemprego, acidentes de trabalho e doenças profissionais, invalidez, velhice e morte (art. 29).

O objetivo do subsistema de solidariedade está previsto no art. 50 da LBSS: “assegurar, com base na solidariedade de toda a comunidade, direitos essenciais por forma a prevenir e a erradicar situações de pobreza e de exclusão e a promover o bem-estar e a coesão sociais, bem como a garantir prestações em situações de comprovada necessidade pessoal ou familiar, não incluídas no subsistema previdencial”.

Além disso, o subsistema da solidariedade abrange “cobertura da eventualidade de incapacidade absoluta e definitiva dos beneficiários do subsistema previdencial, na parte necessária para cobrir a insuficiência da carreira contributiva dos mesmos em relação ao

⁸⁴ NABAIS, José Casalta. Ob. Cit. p. 580.

⁸⁵ Disponível em <http://portolegal.jurispro.net/LeiBasesSegSocial-L32-2002.html>, acessado em 12/01/2015.

⁸⁶ NABAIS, José Casalta. Ob. Cit. p. 580.

⁸⁷ NABAIS, José Casalta. Ob. Cit. p. 580.

correspondente valor da pensão de invalidez, calculada com base numa carreira contributiva completa” (art. 51).

As eventualidades previstas no âmbito do subsistema da solidariedade são as seguintes: a) Falta ou insuficiência de recursos económicos dos indivíduos e dos agregados familiares para a satisfação das suas necessidades essenciais e para a promoção da sua progressiva inserção social e profissional; b) Invalidez; c) Velhice; d) Morte; e) Insuficiência de prestações substitutivas dos rendimentos do trabalho, por referência a valores mínimos legalmente fixados.

E o subsistema de proteção familiar visa assegurar a compensação de encargos familiares acrescidos quando ocorram as seguintes eventualidades: a) Encargos familiares; b) Encargos no domínio da deficiência; e c) Encargos no domínio da dependência (arts. 61 e 63).

É possível perceber, portanto, que a incapacidade é tema recorrente no sistema da seguridade social, pois envolve benefício previdenciário, assistencial, e está relacionado, diretamente, com a saúde e bem-estar.

1.4 A proteção social como direito fundamental e a vedação do retrocesso

A proteção social é um direito fundamental, pois está relacionada com a dignidade do ser humano e com a plena participação social. É necessária não porque o ser humano é imprevidente, mas em razão das crescentes contingências sociais que podem conduzir às situações de necessidade e que atingem toda a coletividade⁸⁸.

É um sistema que não está limitado à garantia de recursos materiais a quem deles necessita e não pode obtê-los por seus próprios meios – o que já seria suficiente para cobri-lo com natureza fundamental.

Além disso, a proteção social envolve a participação social do indivíduo, com objetivo de incentivar o desenvolvimento da sua livre personalidade. Aliás, essa é a definição que nos é dada por Daniel Rocha e José Antônio Savaris:

Conceituamos a proteção social como um conjunto de políticas

88. ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. Curso de direito previdenciário: Volume I – Fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário. Curitiba: Alteridade, 2014 p. 24.

públicas orientadas a assegurar a todas as pessoas e na medida de suas necessidades, reais condições para que tenham uma existência humana digna, possam desfrutar da participação social e, nesse contexto, busquem o livre desenvolvimento de sua personalidade⁸⁹.

A sociedade é constituída por indivíduos, que por sua vez são afetados pelo meio em que estão inseridos. A coletividade afeta e é afetada pelos seus membros. Logo, o equilíbrio social e o interesse da coletividade são determinantes para o sistema de proteção social, como também o é a necessidade de oferece estabilidade individual e proteção do interesse particular⁹⁰.

Ademais, a ideia de solidariedade social fundamenta o sistema de proteção social. A sociedade civilizada finca sua virtude através da solidariedade, na medida em que reconhece as diferenças entre seus integrantes e institui mecanismos para aceita-las e reduzir as desigualdades.

É necessário proteger o ser humano, para que as relações de trabalho não o mercadorizem. Logo, o bem estar do ser humano depende da sua emancipação do mercado.

A desmercadorização ocorre quando a prestação de um serviço é vista como uma questão de direito ou quando uma pessoa pode manter-se sem depender do mercado. A mera presença da previdência ou da assistência social não gera necessariamente uma desmercadorização significativa se não emanciparem substancialmente os indivíduos da dependência do mercado⁹¹.

A compreensão do *welfare state* desmercadorizante é recente, e uma definição mínima está relacionada com a liberdade dos cidadãos, e sem perda potencial de trabalho, rendimentos ou benefícios sociais⁹².

É importante frisar que o sistema de proteção social não pode implicar apenas na garantia de uma renda mensal. Mais do que isso, se traduz num conjunto de políticas públicas, ou uma ferramenta para alavancar a igualdade fundamental.

Dessa fundamentalidade (atribuída ao sistema de seguro social) forma-se o princípio que visa garantir o avanço da proteção social, e o impedimento do seu retrocesso.

As normas jurídicas são compostas por regras e princípios. As regras não são suficientes para prever e solucionar as questões sociais, daí resulta o valor dos princípios, que

89. ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. Curso de direito previdenciário: Volume I – Fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário. Curitiba: Alteridade, 2014 p. 24.

90. ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. Curso de direito previdenciário: Volume I – Fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário. Curitiba: Alteridade, 2014 p. 24.

91. ESPING-ANDERSEN, GOSTA. As três economias políticas do Welfare State.

92. ESPING-ANDERSEN, GOSTA. As três economias políticas do Welfare State.

orientam a formação de normas regras, e/ou são utilizadas para dirimir conflitos no vácuo legislativo.

A nosso ver, princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas⁹³.

O princípio é uma ideia generalizada que inspira outras ideias; é o alicerce das normas jurídicas de certo ramo do Direito⁹⁴; o princípio aponta o estado ideal a ser buscado na construção normativa⁹⁵.

As questões relativas à seguridade social são regidas por diversos princípios. No entanto, ao tratar da evolução da proteção social, nenhum outro poderia ter mais destaque do que o princípio da vedação do retrocesso.

A vedação do retrocesso está relacionada ao conteúdo da dignidade da pessoa humana e, por certo, não pode ser invocada para manter “privilégios injustificáveis a um grupo de pessoas, embora deixando uma ampla margem de discussão, no que tange ao que seja ou não justificável”⁹⁶.

Pode-se dizer que o desenvolvimento social está relacionado com o reconhecimento dos direitos sociais. A ampliação e aprofundamento da proteção social destaca o estágio civilizatório, quando se acresce conteúdo à dignidade humana nas questões afetas à seguridade social, sem petrificar a legislação previdenciária, que deve passar pelo teste da razoabilidade e proporcionalidade⁹⁷.

A vedação do retrocesso não se presta para invocar a impossibilidade de revogar algum benefício, que em determinada época foi reconhecido como necessário e oportuno, mas que, em nova reflexão, dadas circunstâncias, conclui-se pelo oposto.

A vedação do retrocesso traduz ideia de contínua marcha do egoísmo para o altruísmo. A norma é expressão do Direito a seu tempo, que evolui para atender às aspirações do povo ao qual se dirige. A regra vive o Direito e deixa sua marca no meio social em que imperou, “mostrando de um lado, as tendências da sociedade que regia, e, de outro lado, apontando, pelas contradições suscitadas, as alterações pretendidas, as metas desejadas e ambicionadas

⁹³ REALI, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 304.

⁹⁴ NABAIS, José Casalta. O financiamento da Segurança Social em Portugal. In Contribuições para seguridade social. Coord. Sacha Calmon Navarro Coêlho. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 580.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 229.

⁹⁶ ARAÚJO, Orlando de. Ob. cit., p. 94.

⁹⁷ ARAÚJO, Orlando de. Ob. cit., p. 94.

por este povo”⁹⁸.

A ideia de vedação ao retrocesso, então, não está relacionada à impossibilidade de revogação de leis relacionadas à seguridade social, ou mais especificamente a benefícios ou outras vantagens. A sua relação, então, diz respeito ao alcance e preenchimento material da dignidade humana.

As normas de segurança social são editadas no ordenamento jurídico com objetivo de reduzir os constrangimentos econômicos impostos pela globalização e suas exigências de competitividade internacional⁹⁹.

A dinâmica social impõe constante necessidade de ajustes na rede de proteção social. No entanto, a segurança social, justamente por sua natureza fundamental, não pode ser afetada com alterações normativas que impliquem aumento do grau de constrangimento econômico.

A seguridade social, portanto, se caracteriza por um plano de políticas públicas que visa garantir patamares mínimos de sobrevivência¹⁰⁰. Assim, se a seguridade social já assegura o mínimo essencial, por certo, não se pode pensar em retroceder para alguém desse patamar.

1.5 A proteção social: seguridade social [previdência, assistência e saúde]

A proteção social, para fins deste trabalho, é efetivada pela seguridade social, que constitui um conjunto de medidas abrangendo três áreas delimitadas: a previdência social, a assistência social e a saúde.

A abrangência da seguridade social é extraída do próprio texto da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, conforme o art. 194:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social¹⁰¹.

⁹⁸ COIMBRA, Feijó. Direito Previdenciário Brasileiro 3ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991, p. 25.

⁹⁹ ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. Curso de direito previdenciário: Volume I – Fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário. Curitiba: Alteridade, 2014 p. 112/113.

¹⁰⁰ BOLLMAN, Vilian; SILVA, Moacyr Motta da. Tratados internacionais em direito previdenciário: a proteção da dignidade da pessoa humana. In Direito internacional sob novos paradigmas: os estados as pessoas e as controvérsias. Organizadores: Everton das Neves Gonçalves; Joana Stelzer. Florianópolis: Conceito, 2009, p. 118.

¹⁰¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.

No Direito Comparado é possível encontrar a finalidade do sistema de segurança social. A Constituição da República Portuguesa define a finalidade do sistema de segurança social no art. 63º, item 3:

O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desempregado e em todas as outras situações de falta ou diminuição dos meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho¹⁰².

José Casalta Nabais refere que a segurança social constitui um dos suportes fundamentais em que se assenta a sociedade atual portuguesa, e de forma mais geral, o estado social de direito europeu¹⁰³.

Ainda segundo Nabais, o sistema de segurança social constitui o objetivo do modelo de proteção social europeu, muito embora não exista um sistema de proteção social comum na União Europeia, já que, não obstante a integração política e económica alcançada pelos Estados Membros, “cabe a cada um dos Estados membros constituir o seu sistema de segurança social”¹⁰⁴.

A respeito da etimologia da expressão, Sérgio Pinto Martins refere que Seguridade Social advém do espanhol *seguridad*, que nesta língua significa segurança. Assim, entende que o “o termo correto deveria ser segurança social, tanto que em Portugal utiliza-se esta expressão”¹⁰⁵.

A previdência social, um dos três pilares da seguridade social, é instituição de iniciativa e dinâmica governamental, que existe mediante contribuição de particulares, e financiam beneficiários, pessoas físicas, destinatários finais de todo o esforço entre as gerações sociais do país¹⁰⁶.

A previdência social tem por objetivo proteger o indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, contra riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter o próprio sustento¹⁰⁷.

A assistência social, por sua vez, é definida como o “conjunto de atividades particulares e estatais vocacionadas para o atendimento de hipossuficiente, consistindo os bens oferecidos em prestações mínimas em dinheiro, serviços de saúde, fornecimento de alimentos e

¹⁰² PORTUGUAL, Constituição da República Portuguesa. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 29.

¹⁰³ NABAIS, José Casalta. O financiamento da Segurança Social em Portugal *in* Contribuições para a seguridade social. Coord. Sacha Calmon Navarro Coelho, p. 568.

¹⁰⁴ NABAIS, José Casalta. Ob. cit. p. 569.

¹⁰⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Ob. cit. p. 20.

¹⁰⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Ob. cit. p. 162.

¹⁰⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Ob. cit. p. 58.

outras atenções conforme a capacidade do gestor”¹⁰⁸.

Dentre os objetivos elencados no art. 203 da Constituição Federal Brasileira, é necessário destacar: (i) a promoção da integração ao mercado de trabalho; (ii) a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

E por fim, a saúde possui uma definição genérica no ordenamento jurídico. No sentido de instituição securitária, constitui “um conjunto de normas, medidas governamentais, ações públicas e privadas direcionadas para a prevenção e o tratamento de doenças”¹⁰⁹.

Marco Aurélio Serau Júnior acrescenta que a ideia de seguridade social é mais abrangente e complexa do que a somatória das suas três estruturas [previdência, assistência e saúde]. A seguridade desenvolve a ideia de resposta às contingências sociais, constituindo segmento específico do gênero direitos fundamentais¹¹⁰.

Diante disso, e diante da unicidade da Seguridade Social, deve-se evitar o fracionamento de sua lógica própria, deixando-se de desmembrá-la em seus três elementos estruturantes. As políticas públicas de proteção social (a ‘resposta’ à questão social) são muito mais globais e complexas do que a mera soma dos três segmentos componentes da Seguridade Social (Assistência Social, Previdência Social e Saúde)¹¹¹.

A seguridade social, portanto, é um conceito amplo, abrangente e universal, destinada aos necessitados através da concessão de benefícios e prestação de serviços, desde que exista previsão legal sobre a determinada contingência a ser coberta¹¹².

1.6 A proteção social e os novos riscos

A proteção social depende da constatação de riscos para catalogar hipóteses de incidência na definição de ações voltadas à implementação da política preventiva de contingência e curativa, quando o risco é convertido em sinistro. Só há sentido em falar de proteção social quando se constata a existência de riscos, em relação aos quais se pretende proteger o cidadão.

¹⁰⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Ob. cit. p. 188/189.

¹⁰⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Ob. cit. p. 194.

¹¹⁰ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Ob. cit. p. 161.

¹¹¹ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Ob. cit. p. 162.

¹¹² MARTINS, Sérgio Pinto. Ob. cit. p. 23.

A definição de risco traz embutida a ideia da ocorrência de evento futuro e incerto; e quando esse risco se converte em sinistro, pode surgir uma reação do Estado em favor do cidadão caso seja prevista a hipótese de incidência específica, vale dizer, a medida curativa para reparação do dano.

No entanto, a proteção social não inclui apenas benefícios quando o risco se converte em sinistro. Também há previsão para reação do Estado em favor do cidadão para acontecimentos que, por sua índole, dificilmente poderiam ser qualificados como risco, tais como o casamento e o nascimento de filhos, cujas consequências econômicas podem impactar na economia do trabalhador¹¹³.

Daí resulta distinção entre risco e contingência, ambas abrangidas pela proteção social. No risco, não há vontade humana e suas consequências podem ser convertidas em dano. A contingência é evento capaz de produzir a perda ou redução de recursos do cidadão ou aumento dos seus gastos¹¹⁴.

A definição de riscos e contingências, que reclamam proteção social, pode variar no tempo e no espaço, de acordo com a consciência atingida por determinada sociedade a respeito daquilo que é imperativo reconhecer como direito subjetivo ao seguro social em favor do cidadão¹¹⁵.

A consciência social, que fundamenta a necessidade de reconhecimento de proteção em decorrência de um risco ou contingência, encontra limitação na capacidade econômica do Estado.

A proteção social, portanto, é seletiva [legislador seleciona riscos e contingências a serem cobertos], pautada pelo princípio da universalidade [cobertura mais ampla possível], de acordo com a capacidade econômica do Estado¹¹⁶.

A partir da revolução francesa, em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já foi percebido que o objetivo social era a segurança do homem ante os riscos da vida. Mas a necessidade de intervenção estatal em todas as situações de necessidade, derivadas de um risco social, era obstaculizada pelas ideias liberais¹¹⁷.

Waldimir Novaes Martinez refere que o seguro social nasceu sob a concepção de os trabalhadores precisarem de proteção em razão de uma situação socioeconômica que reclamava

¹¹³ COIMBRA, Feijó, Ob. cit. p. 32.

¹¹⁴ HORVATH JÚNIOR, Miguel. Ob. cit. p. 61.

¹¹⁵ COIMBRA, Feijó. Ob. cit. p. 39.

¹¹⁶ HORVATH JÚNIOR, Miguel. Ob. cit. p. 63.

¹¹⁷ COIMBRA, Feijó. Ob. cit. p. 22.

socorro. É polarizada por dois sujeitos: protetor e protegido. Além disso, referido autor ressalta a capacidade de dar e a contingência de receber, decorrente de uma relação jurídica¹¹⁸.

A definição de risco irá determinar a abrangência da proteção social, de acordo com a oportunidade e o interesse de cada sociedade. A questão que surge, então, é como definir o risco, e quais deles devem estar segurados.

Conforme já visto, a proteção social teve início com a caridade e, por muito tempo, o pobre foi mantido cliente do assistencialismo. A concentração de grandes massas de trabalhadores e o descobrimento de novos conhecimentos pela ciência alteraram esse cenário.

Ulrich Beck refere que a definição de risco evoluiu desde a época de Colombo; antes associado à ousadia, à aventura, marcadamente pessoal, para receber contorno global, podendo atingir toda a humanidade. A ameaça surge por uma fissura nuclear, pelo acúmulo de lixo nuclear, por aditivos químicos na produção de alimentos que são consumidos por todos, enfim, o risco é maior, mais abrangente, e invisível¹¹⁹.

Riscos da modernização são *big business*. Eles são as necessidades insaciáveis que os economistas sempre procuram. A fome pode ser saciada, necessidades podem ser satisfeitas, mas os riscos civilizatórios são um barril de necessidades sem fundo, interminável, infinito, autoproduzível¹²⁰.

A proteção social atinge seu significado com a constatação e a escolha de riscos sociais em relação aos quais o poder público direciona ações preventivas e curativas. A seleção dos riscos sociais que devem ser protegidos é realizada pelo legislador, ao tempo em que prevê contraprestações de acordo com a capacidade econômica do Estado.

A seguridade social, no âmbito de sua proteção, elegeu os seguintes riscos e contingências: doença, invalidez, morte, idade avançada, acidente de trabalho e baixa renda [neste último caso, com benefícios específicos como salário-família e o auxílio-reclusão]. Além disso, também previu proteção específica para a maternidade e ao trabalhar em situação de desemprego voluntário.

A distribuição dos riscos não atinge, de maneira uniforme, as classes sociais, sendo possível afirmar que se concentra entre pobres e cidadãos com menor grau de qualificação.

Fabio Luiz dos Passos salienta que a evolução tecnológica criou novos riscos sociais à vida das pessoas, já que o analfabetismo funcional se tornou importante obstáculo para

¹¹⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Princípios de direito previdenciário. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 97.

¹¹⁹ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. tradução: Sebastião Nascimento. Título original: *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 28.

¹²⁰ BECK, Ulrich. Ob. cit. p. 28.

inserção e manutenção de vaga no mercado de trabalho¹²¹.

A exposição aos riscos é maior em classes menos favorecidas, já que o maior risco de se tornar desempregado é para quem não tem qualificações, em comparação ao sujeito altamente qualificado. E o mesmo se diz à execução dos diversos tipos de trabalho que impõem sobrecarga, irradiação e contaminação de agentes tóxicos¹²².

A capacidade e possibilidade de lidar com [e contornar] os riscos podem variar de acordo com a renda e a educação. A capacidade financeira permite planejamento a longo prazo enquanto a educação e postura sensível abrem novas possibilidades de relacionamento e opções para se esquivar dos riscos¹²³.

A diferenciação da qualidade de solidariedade é outro ponto impactante na transformação da sociedade. A solidariedade da carência abriu espaço para a solidariedade do medo.

A superação desses novos riscos impõe à sociedade um novo desafio. Antes, a carência material era o obstáculo a ser superado. E a constatação dessa carência material gizava a solidariedade da carência. E o que antes era superado pelo aspecto material, agora exige uma resposta psicossocial, que se forma em volta da solidariedade do medo.

A força motriz na sociedade de classes pode ser resumida na frase: *tenho fome!* O movimento desencadeado com a emergencial da sociedade de risco ao contrário é expresso pela afirmação: *tenho medo!* A solidariedade da carência é substituída pela solidariedade do medo. O modelo da sociedade de risco marca, nesse sentido, uma época social na qual a solidariedade por medo emerge e torna-se uma força política¹²⁴ (grifo no original).

A dimensionalidade do risco social qualifica a sociedade como catastrófica, na expressão de Ulrich Beck¹²⁵. A sua gama de atributos [infinito, mutante e aparentemente imperceptível], permite interpretar o risco social como fenômeno que ultrapassa a categorização de hipóteses de incidência na proteção social.

Esses novos riscos sociais desafiam os mecanismos científicos que estipulam os riscos, a maneira como o Poder Público lida com eles e a forma como a população percebe os riscos.

¹²¹ PASSOS, Fabio Luiz de. A evolução das ferramentas de proteção social superando o modelo de previdência social voltado a sociedade industrial para atender aos desafios da nova realidade social. Itajaí: Univali, 2013, p. 128.

¹²² BECK, Ulrich. Ob. cit. p. 41.

¹²³ BECK, Ulrich. Ob. cit. p. 42.

¹²⁴ BECK, Ulrich. Ob. cit. p. 60.

¹²⁵ "A sociedade de risco é uma sociedade *catastrófica*" (grifado no original). Ob. cit. p. 28.

Fabio Luiz dos Passos reforça que os novos riscos sociais, ou os riscos pós industriais, são globais por ameaçarem toda a humanidade, e “decorrem da sobre-produção industrial, da evolução tecnológica e do desenvolvimento econômico”¹²⁶. Ainda segundo o citado autor:

Não se apresentam de forma ameaçadora, perceptíveis aos indivíduos vitimados e facilmente identificáveis, porém comumente causam efeitos sistemáticos e irreversíveis. Estes riscos somente são identificados e reconhecidos a partir do conhecimento, especialmente do conhecimento técnico-científico e, portanto, são ocultados pelo mesmo mecanismo. Baseiam-se em interpretações das suas causas e, portanto, estão abertos, de maneira especial, aos processos sociais de definição¹²⁷.

Felipe Carreira da Silva também refere existência de novos riscos sociais que impactam numa reconfiguração do Estado Social por todo o mundo, podendo ser citados como fatores: (i) às mudanças no mercado laboral; (ii) ao papel das mulheres e novo modelo de família; (iii) à insuficiência da cobertura da segurança social; e (iv) aos problemas de regulação da oferta privada e da defesa dos interesses dos consumidores de apoios sociais¹²⁸.

Nem mesmo as economias mais desenvolvidas estão livres desses novos desafios à proteção social. O mercado de trabalho pós-industrial parece oferecer emprego em quantidade insuficiente, como na Europa, ou baixos salários para livrar os trabalhadores norte-americanos de situações de pobreza¹²⁹.

As mudanças nas estruturas do mercado laboral aumentaram os riscos de pobreza e desemprego de longa duração entre os trabalhadores menos qualificados, ou com qualificações obsoletas, bem como os colaboradores com contratos de trabalho a termo¹³⁰.

A existência de novos riscos sociais e a sua configuração são utilizados por Ulrich Beck para criticar o monopólio da ciência para constatar os riscos sociais.

As ciências, portanto, da maneira como estão constituídas – em sua ultraespecializada divisão do trabalho, em sua compreensão constituídas de métodos e teorias, em sua heterônoma abstinência da práxis –, *não estão em*

¹²⁶ PASSOS, Fabio Luiz de. Ob. cit., p. 130.

¹²⁷ PASSOS, Fabio Luiz de. Ob. cit., p. 130/131.

¹²⁸ SILVA, Felipe Carreira. Ob. cit. p. 66.

¹²⁹ SILVA, Felipe Carreira. Ob. cit. p. 69.

¹³⁰ SILVA, Felipe Carreira. Ob. cit. p. 70.

condições de reagir adequadamente aos riscos civilizacionais, de vez que têm destacado envolvimento em seu surgimento e expansão¹³¹. (grifado)

Dáí resulta o desafio para a segurança social, que encontra seu fundamento justamente na existência de riscos, cujos atuais padrões científicos são incapazes de constatar e mensurar.

A existência de novos riscos que atingem a sociedade, a formação do indivíduo e, principalmente, o mercado de trabalho impõe à proteção social a necessidade de se reestruturar com o objetivo de garantir sua missão, que é manter padrão mínimo de dignidade humana quando o cidadão é afetado pelo risco ou contingência.

¹³¹ BECK, Ulrich. Ob. cit. p. 71.

Capítulo 2: A incapacidade laboral na proteção social

A dimensão da incapacidade laboral na sociedade pode ser espelhada pela quantidade de benefícios previstos e concedidos e pela abrangência de pessoas atingidas, o que desperta interesse econômico no estudo.

Identificar e qualificar a incapacidade laboral ainda é tarefa altamente complexa, em razão das inúmeras variáveis que podem ser inseridas nesse quadro. Essas variáveis incluem fatores individuais e fatores sociais. Daí resulta a necessidade de melhor conhecer o indivíduo, em todas as suas possíveis dimensões, e o ambiente no qual ele se encontra inserido.

2.1 A seguridade social em números: benefícios relacionados à incapacidade laboral

A legislação brasileira prevê sete tipos de benefícios previdenciários (incluindo de natureza assistencial) que podem ser relacionados à incapacidade para o trabalho.

Não se pretende distinguir as implicações jurídicas de cada um dos benefícios previdenciários previstos na legislação brasileira. A natureza jurídica ou os requisitos para sua concessão distingue os benefícios previdenciários uns dos outros; mas são mencionados nesse trabalho pelo ponto comum que os identificam: a incapacidade laboral.

A *aposentadoria por invalidez* (B-32), prevista no art. 42 da Lei 8.213/91, é devida ao segurado incapaz para o trabalho de forma permanente e cuja reabilitação profissional seja inviável.

Ao segurado será devido o *auxílio doença* (B-31) enquanto a incapacidade para o trabalho for transitória. O *auxílio doença acidentário* (B-91) se destaca do benefício anterior em razão da sua natureza acidentária.

Essa nomenclatura é criticada por Edmilson de Almeida Barros Júnior ao mencionar que “o benefício não é nem nunca foi pela doença, mas exclusivamente pela incapacidade laborativa por esta ocasionada, independentemente da doença ou do diagnóstico. Por essa razão, acreditamos que a nomenclatura adequada seria auxílio-incapacidade e não auxílio-

doença”¹³².

Já o *auxílio acidente* (B-94), previsto no art. 86 da Lei nº 8.213/91 constitui indenização paga mensalmente com o salário, portanto, sem substituí-lo, “quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza – e não somente de acidentes de trabalho –, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia”¹³³.

É único benefício previdenciário indenizatório pela presumível redução salarial. Nesse caso, “segurado terá uma provável perda remuneratória, cabendo ao seguro social ressarcir-lo deste potencial dano”¹³⁴.

A *aposentadoria acidentária* (B-92) é prevista quando a incapacidade laboral, permanente e insuscetível de reabilitação, resulta de acidente relacionado à atividade laborativa habitualmente realizada.

A pessoa com deficiência fará jus ao *benefício assistencial* (B-87), de prestação continuada, no valor de um salário mínimo mensal, quando comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família (art. 20 da Lei 8.742/93).

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS – Lei nº 8.742/93) também define, no art. 20, § 2º, pessoa com deficiência como “aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”¹³⁵.

O art. 20, § 3º, da LOAS atribuiu presunção de “incapacidade familiar” para prover o sustento de pessoa com deficiência, à família cuja renda per capita é inferior a um quarto (1/4) do salário mínimo.

A Lei 10.741/03, no art. 34, também prevê benefício de um salário mínimo mensal “aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família”¹³⁶.

O *benefício assistencial ao idoso* (B-88) também está sujeito ao critério da renda *per capita* da família incapacitada nos termos da Lei de Organização de Assistência Social – LOAS.

Tais benefícios, em favor do idoso e do deficiente, que não possuem condições de

¹³² BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. Direito Previdenciário Médico. 2ª ed, São Paulo: Atlas, 2012, p. 103.

¹³³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 14ª: Florianópolis: Conceito, 2012, p. 671.

¹³⁴ IBRAHIM, Fabio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 19ª: Niterói: Impetus, 2014, p. 673.

¹³⁵ Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm, acessado em 05/01/2015.

¹³⁶ Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm, acessado em 05/01/2015.

prover a própria subsistência, foram instituídos através de mandamento constitucional, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal do Brasil. E o dispositivo da lei ordinária que os regulamentou teve sua constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal através da ADI nº 1.232/DF.

Ademais, por ocasião do julgamento da Reclamação Constituição nº 4.374 o Supremo Tribunal Federal reafirmou a constitucionalidade dos do art. 20, § 3º, da LOAS e art. 34 da Lei nº 10.741/03 e assentou atendimento segundo o qual é possível mesmo núcleo familiar cumular os benefícios assistenciais (em favor de idoso e deficiente).

Na virada do segundo milênio, segundo dados do IBGE¹³⁷, a população brasileira era de 169.872.856. A população ocupada¹³⁸, na época, representava 37,59%, ou seja, 63.838.412; e a população economicamente ativa¹³⁹ correspondia a 44,03%, isto é, 74.810.810 de pessoas.

No mesmo ano, os sete tipos de benefícios por incapacidade mencionados (permanentes e temporários, incluindo os de natureza assistencial) foram concedidos, mantidos e pagos pelo INSS em favor de 47.354.269¹⁴⁰ brasileiros, o que correspondia a 27,87% da população.

A despesa anual (no ano 2000), somente com o pagamento de benefícios por incapacidade laborativa (mencionados acima), foi de 10 bilhões de reais, ou 1,2% do PIB – Produto Interno Bruto¹⁴¹.

Diante do caráter contributivo da seguridade social, é possível concluir que um pouco mais de um terço da população brasileira (37,59% - população ocupada) exerceu atividade remunerada, e em tese, contribuiu para que, quase um terço da população (27,87%) recebesse benefício exclusivamente relacionado à incapacidade laboral.

As estatísticas mais recentes não destoam dessa realidade. No ano de 2013 foram concedidos 5,2 milhões de benefícios pela previdência social brasileira (em termos econômicos: R\$ 5,1 bilhões). Houve aumento de 5,0% em relação à quantidade de benefícios concedidos no ano anterior (2012). A espécie mais concedida foi o auxílio doença previdenciário, que

¹³⁷ Disponível em www.ibge.gov.br, acessado em 03/01/2015.

¹³⁸ No cálculo, foram computadas todas as pessoas ocupadas com 16 anos ou mais. Na definição do IBGE, “*uma pessoa é dita ocupada na metodologia usada pelo IBGE quando ela exerce atividade profissional (formal ou informal, remunerada ou não) durante pelo menos 1 hora completa na semana de referência da pesquisa. Ou seja, são aquelas pessoas que, num determinado período de referência, trabalharam ou tinham trabalho mas não trabalharam (por exemplo, pessoas em férias)*” (extraído do site www.ibge.gov.br).

¹³⁹ No cálculo, é soma da população ocupada e desocupada. Na definição do IBGE, “*compreende o potencial de mão-de-obra com que pode contar o setor produtivo; a oferta efetiva de trabalho numa economia. Para o cálculo da PEA são consideradas as seguintes categorias: População ocupada - aquelas pessoas que, num determinado período de referência, trabalharam ou tinham trabalho mas não trabalharam (por exemplo, pessoas em férias); População desocupada - aquelas pessoas que não tinham trabalho, num determinado período de referência, mas estavam dispostas a trabalhar, e que, para isso, tomaram alguma providência efetiva nos últimos 30 dias (consultando pessoas, jornais, etc.)*” (extraído do site www.ibge.gov.br, acessado em 03/01/2015).

¹⁴⁰ GONZAGA, Paulo. Perícia médica da previdência social. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 291.

¹⁴¹ GONZAGA, Paulo. Ob. cit., p. 289.

representou 43,6% do total de benefícios e abocanhou 45,9% de todo valor pago em 2013¹⁴².

No entanto esses números não devem ser encarados como despesa orçamentária, mas sim, como fonte de estabilização social. As políticas de proteção social impactam nas finanças municipais, ativam a economia local, e reduzem o êxodo rural e a pobreza. Ainda segundo José Antônio Savaris:

Estima-se que o pagamento de benefícios previdenciários e assistenciais conseguiu retirar mais de 20 milhões de pessoas da linha de pobreza. Mais de 80% dos idosos no Brasil estão cobertos pela Previdência Social (a média da América Latina é de apenas 30%). Com isso, apenas 10% dos idosos estão abaixo da linha de pobreza. Sem a Previdência Social, esse percentual se elevaria para mais de 70%¹⁴³.

A exclusão social, entendida como a gama de pessoas desocupadas ou no mercado informal (desprotegidas de leis trabalhistas e previdenciárias) é mais evidente no Brasil, quando se observa os números de empregos formais.

Ao analisar e comparar as estatísticas do IBGE de 2001, Mauricio Coutinho Delgado refere que menos de 30% do pessoal ocupado no Brasil corresponde, formalmente, a empregados, em contraponto ao índice de 80% que caracteriza a realidade europeia”¹⁴⁴.

A evidência resulta de 18 milhões empregados sem carteira assinada, “a par de mais 9 milhões de pessoas inseridas naquilo que a estatística oficial chama de economia familiar no setor de subsistência, ou, simplesmente, trabalhadores não remunerados”¹⁴⁵. Além disso, devem ser somados os 17 milhões de trabalhadores autônomos.

Em Portugal, os números¹⁴⁶ parecem mais animadores. No ano de 2011 a população portuguesa era 10.557,6 (milhões) de habitantes. A população ativa (soma da população empregada e desempregada) era de 5.428,3 (milhões) e a taxa de desemprego era de 12,7%. Logo, a população ocupada era de 4.738,9 (milhões), o que representava 44,8% da população.

Ainda no mesmo ano (2011), 384.894 pessoas, ou 3,64% da população, foram beneficiárias de pensões dos regimes de proteção social na invalidez; percentual bem menor em

142. Disponível em www.previdencia.gov.br/estatisticas/ acessado em 23.06.2015.

143. SAVARIS, José Antônio. Previdência Social *in* Brasil em números. IBGE. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. – Vol. 1 (1992-). Rio de Janeiro, IBGE, 2013, p. 110. Disponível em biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2/bn_2013_v21.pdf acessado em 23/06/2015.

¹⁴⁴ DELGADO, Mauricio Coutinho. Direito do trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro. Org. Flávio Henrique Unes Pereira e Maria Tereza Fonseca Dias. Cidadania e Inclusão Social: Estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p.504.

¹⁴⁵ DELGADO, Mauricio Coutinho. Ob. cit. p. 505.

¹⁴⁶ Disponível em www.pordata.pt e www.ine.pt, acessados em 05/01/2015.

comparação ao quantitativo brasileiro. Contudo, as despesas são semelhantes, já que o custo das pensões, apenas com benefícios por invalidez dos portugueses, representou 1,88% do PIB Português¹⁴⁷.

A busca da qualidade de vida, com o aumento da longevidade, e a tendência de redução de nascimento (planejamento familiar pela redução de filhos em comparação às décadas anteriores), projeta o distanciamento desses números, vale dizer, menor quantidade de pessoas economicamente ativas e aumento do número de benefícios (especialmente aposentadoria por idade e tempo de contribuição).

Isso significa que haverá menos pessoas aptas para o trabalho e para contribuir com o financiamento do seguro social em comparação com o progressivo incremento da quantidade de benefícios concedidos pelo seguro social.

A fonte de custeio dos benefícios da seguridade social não decorre, exclusivamente, da contribuição dos segurados. A responsabilidade pelo seu financiamento é pública (e não apenas dos trabalhadores), e pode ser atribuída ao Estado ou à Sociedade.

A Constituição Federal do Brasil¹⁴⁸ atribuiu à Sociedade a responsabilidade pelo financiamento da seguridade social, “mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”, conforme previsto no art. 196.

A Constituição da República Portuguesa¹⁴⁹, no art. 63, item 2, atribuiu ao Estado a incumbência para “organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas de trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários”.

Independente da responsabilidade financeira (estado ou sociedade) para o custeio da proteção social, as despesas com pensões de invalidez ou benefícios por incapacidade, bem como o número de beneficiários, são significativos.

É evidente que não se pretende utilizar o discurso da escassez de recursos para forçar a definição de conceitos ou negar benefícios.

A questão econômica é apenas uma circunstância que desperta interesse pela abordagem do tema. Antes, a definição da incapacidade laboral deve ser analisada pela perspectiva humanista.

A exposição financeira é mencionada justamente para que a definição de

¹⁴⁷ Disponível em www.ine.pt, acessados em 05/01/2015.

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 44^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.

¹⁴⁹ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 29.

incapacidade não seja apenas um dano colateral, um risco calculado e assumido pelo Estado interessado em utilizar o trabalho apenas para produção de riqueza, quando a razão de sua existência deve estar vocacionada para evolução e aperfeiçoamento do ser humano.

A razão de Estado, referida por Foucault, é apresentada como uma prática de governo que se situa entre um Estado existente e um Estado que será construído e edificado. Governar, segundo essa racionalização, “é fazer que o Estado possa se tornar sólido e permanente, que possa se tornar rico, que possa se tornar forte diante de tudo o que pode destruí-lo”¹⁵⁰.

A definição de riqueza pode ser compreendida num contexto mais amplo do que seu caráter meramente monetário e abranger o nível de bem-estar de seu povo. Aliás, a ausência de evolução desse nível pode implicar num fator interno de destruição e implodir o próprio Estado.

Nessa perspectiva, o desenvolvimento social não está relacionado apenas à produção de riqueza econômica, mas também à riqueza política, infraestrutura, liberdade de seus cidadãos e efetivo respeito aos direitos individuais e coletivos¹⁵¹.

Nesse contexto, a garantia do pleno emprego é apresentada como importante elemento de efetividade da qualidade de vida e evolução do ser humano.

2.2. A funcionalidade como momento integrante da incapacidade para o trabalho.

A pessoa deficiente: definição legal

A incapacidade laboral é um conceito universal em contínua formação. Não há país no mundo que não se depare com esse desafio, alguns em estágios mais avançados que outros. A definição de deficiência está imbricada com o conceito de incapacidade para o trabalho.

A qualificação e o grau de deficiência podem ser utilizados como mecanismos diferenciadores de facilidades para ingresso no mercado de trabalho (cotas para admissão, jornada de trabalho diferenciada ou proporcionalidade do tempo de contribuição para fins de

¹⁵⁰ FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução de Eduardo Brandão. Título original: “Naissance de la biopolitique”. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 06.

¹⁵¹ SILVEIRA NETO, Otacilio dos Santos. A ordem Constitucional Econômica e o princípio da busca do pleno emprego. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 22, vol. 88. São Paulo, RT, jul – set 2014, p. 16.

aposentadoria), ou implicar reconhecimento da incapacidade laboral.

Daí resulta esforço internacional para definir a deficiência e seus graus em sucessivas convenções que posteriormente são ratificadas pelos países membros da ONU, de acordo com a conveniência e o interesse político.

A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiências da ONU foi assinada em Nova Iorque, em 30.03.07 e ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 186, de 2008, e pelo Decreto nº 6.949 de 25.08.09.

Consta no art. 1º da referida convenção, que pessoas com deficiência “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”¹⁵².

A importância da definição de pessoa deficiente, pela convenção da ONU, reside na combinação de elementos médicos com fatores sociais, conforme observado por Ricardo Tadeu Marques da Fonseca em seus comentários à norma diplomática.

Evidencia-se, então, a percepção de que a deficiência está na sociedade, não nos atributos dos cidadãos que apresentem impedimentos físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais. Na medida em que as sociedades removam essas barreiras culturais, tecnológicas, físicas e atitudinais, as pessoas com impedimentos tem assegurada ou não sua cidadania¹⁵³.

A Convenção da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que trata da reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes, em vigor no plano internacional desde 20.06.85 define, no art. 1º, pessoas deficientes como aquelas “cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada”¹⁵⁴.

Wladimir Novaes Martins, ao comentar essa definição da OIT, refere que “além de cometer o inaceitável equívoco de definir uma instituição com a própria palavra (‘deficiência’), o conceito peca pela generalidade”¹⁵⁵.

A legislação brasileira também define pessoa com deficiência para fins

¹⁵² Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm, acessado em 05/01/2015.

¹⁵³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Curso de Perícia Judicial Previdenciária. Coord. José Antônio Savaris. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 122.

¹⁵⁴ Disponível em www.oitbrasil.org.br/node/505, acessado em 05/01/2015.

¹⁵⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Os deficientes no direito previdenciário. São Paulo: LTr, 2009, p. 37.

previdenciários. A Lei Complementar nº 142/13 estabeleceu critérios para concessão de aposentadoria para pessoas com deficiência, seguradas da Previdência Social.

A referida norma jurídica definiu pessoa com deficiência como sendo “aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”¹⁵⁶.

A mencionada lei também estabeleceu tempo de contribuição diferenciado para homens e mulheres, e ainda, de acordo com o grau de deficiência (grave, moderada ou leve).

O segurado com deficiência grave poderá se aposentar aos 25 anos de tempo de contribuição, se homem; e 20 anos, se mulher. No caso de deficiência moderada, o homem deverá completar 29 anos de tempo de contribuição; e a mulher 24 anos. E com deficiência leve, o homem deverá cumprir 33 anos de tempo de contribuição; e a mulher, 28 anos.

Independente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 anos e comprovando existência de deficiência durante igual período, o homem poderá ser aposentar com 60 anos de idade; e a mulher com 55 anos de idade.

A lei não vinculou a deficiência à habilidade para o trabalho. Logo, a pessoa pode ser beneficiada pela aposentadoria diferenciada mesmo que a deficiência implique restrições apenas às atividades diárias, sem limitar a atividade laboral. Essa é a opinião de Fabio Zambitte Ibrahim:

Nota-se, de imediato, que a deficiência não tem relação com a habilidade para o trabalho. Ao contrário da concepção clássica do tema, a pessoa, plenamente apta para sua atividade profissional, pode contar com restrição na vida em sociedade que lhe demande maior esforço nas realizações de suas tarefas diárias, mesmo que fora do trabalho, e, mesmo assim, poderá ser amparada pelo regime especial vigente¹⁵⁷.

A lei também não definiu o significado das categorias deficiência leve, moderada e grave, mas delegou ao executivo a regulamentação do tema¹⁵⁸.

Ademais, a aquisição da deficiência após o ingresso da pessoa no regime geral da previdência, e/ou a deficiência atenuada ou agravada durante o período aquisitivo do benefício poderão complicar o cálculo da proporcionalidade da aposentadoria diferenciada.

¹⁵⁶ Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp142.htm, acessado em 05/01/2015.

¹⁵⁷ Ob. cit. p. 629.

¹⁵⁸ Art. 2º, parágrafo único, LC 142/13: Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.

Daí resulta a necessidade de contínua discussão sobre o tema, buscando sempre o aperfeiçoamento do sistema criado.

O art. 5º do Decreto nº 5.296/04 define deficiência física, mental, visual e auditiva para fins de prioridade de atendimento, sem relação aparente com atividade ou incapacidade laboral.

As mesmas deficiências já haviam sido definidas no Decreto nº 3.298/99 (atualmente em vigor regulamentando a Lei nº 7.853/99) que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social.

É possível perceber, portanto, um esforço legislativo para definir pessoa deficiente e diferenciar graus de deficiência. Daí resulta o incentivo para que a pessoa deficiente exerça uma atividade laboral, na medida em que a legislação brasileira estabelece aposentadoria diferenciada buscando proporcionalidade do tempo de contribuição com o grau de deficiência.

Esse incentivo legislativo, para que a pessoa com deficiência exerça atividade laboral, pode ser visto como instrumento de integração social ao facilitar acesso ao benefício previdenciário, com esforço proporcional ao grau de deficiência.

Aqui resulta um aparente paradoxo. A legislação prevê que a pessoa incapaz para o trabalho (sem mencionar o grau de incapacidade) poderá receber benefício previdenciário (*v.g.* aposentadoria por invalidez).

Ao mesmo tempo, outra legislação incentiva a atividade laboral de pessoa com deficiência leve, moderada ou grave, mediante concessão de aposentadoria diferenciada (tempo de serviço proporcional ao grau de incapacidade).

Nesse caso, duas questões (não excludentes) podem ser apresentadas. Na primeira, a constatação de deficiência (leve, moderada ou grave) impede a concessão da aposentadoria por invalidez, na medida em que se reconhece a possibilidade da pessoa com deficiência (independente do grau) exercer algum tipo de atividade laboral, a qual será beneficiada com a aposentadoria diferenciada (proporcional ao seu grau de deficiência).

No segundo ponto, a pessoa com deficiência (independente do seu grau) poderá cumular o período aquisitivo para concessão da aposentadoria diferenciada com benefícios previdenciários compensatórios de redução da capacidade (*auxílio acidente, v.g.*).

Nesse último caso, a pessoa com deficiência terá duplo benefício: (i) a percepção de benefício previdenciário pela redução da sua capacidade e (ii) a contagem do tempo de serviço de forma diferenciada, proporcional ao seu grau de deficiência.

É possível perceber que o tema é complexo e recente, por isso, suscitará diversos questionamentos enquanto não houver definição de categorias e regulamentação dos dispositivos legais para melhor aplicação da lei, visando tratamento mais justo.

2.2.1 Amparo assistencialista à pessoa deficiente e ao idoso: incapacidade laboral avaliada pela perspectiva individual e social

A Constituição Federal, no art. 203, assegura o pagamento de um salário mínimo 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 já mencionado acima, o benefício assistencial está previsto na Lei nº 8.742/93, que é regulamentada pelo Decreto nº 6.214/2007, para a pessoa deficiente e para o idoso. Em relação a este, idêntico benefício também está previsto no Estatuto do Idoso (art. 35 da Lei nº 10.741/03).

A Portaria Conjunta MDS/INSS nº 01/2011¹⁵⁹ estabeleceu os critérios, procedimentos e instrumentos para a avaliação social e medicopericial da deficiência e do grau de incapacidade das pessoas com deficiência requerentes do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social.

A referida norma determinou que a avaliação da deficiência e do grau de incapacidade deverá ser constituída pelos seguintes componentes: a) fatores ambientais; b) atividades e participação; e c) funções e estruturas do corpo.

A citada Portaria Conjunta também determina que a deficiência e o grau de incapacidade serão avaliados pelo assistente social e pelo médico perito.

Já o Decreto nº 6.214/2007, que regulamenta a LOAS, alterado pelo Decreto nº 7.617/11, possui redação semelhante. Nesta normativa, há determinação para que a deficiência e o grau de impedimento sejam avaliados pelo Serviço Social e pela Perícia Médica.

Note-se que na Portaria Conjunta, o assistente social e o médico perito irão avaliar a deficiência e o grau de incapacidade; no Decreto os mesmos profissionais avaliarão a deficiência e o grau de impedimento.

¹⁵⁹ Disponível em <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/legislacao-2011/portarias/2011>, acessado em 08/01/2015.

As duas normas regulamentam a mesma matéria, possuem a mesma finalidade, mas utilizam categorias distintas para definir o mesmo fenômeno (grau de impedimento e grau de incapacidade)

Ainda, o Decreto nº 6.214/07 determina que, na avaliação da deficiência e do grau de impedimento, devem ser utilizados os princípios previstos na Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde – CIF, estabelecida pela resolução da Organização Mundial de Saúde.

A CIF, como será visto em tópico específico deste trabalho, determina que a deficiência e o grau de incapacidade serão avaliados no contexto individual e social.

No Decreto nº 6.214/07, os conceitos de incapacidade e de pessoa com deficiência foram expressos.

A pessoa com deficiência é definida no art. 4º, inciso II, do Decreto nº 6.214/07: “aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

A incapacidade também é definida no art. 4º, inciso III, do Decreto nº 6.214/07: “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”.

Edmilson de Almeida Barros Júnior refere que o novo (2011) modelo de análise do Benefício de Prestação Continuada, “utiliza critérios biopsicossociais, de análise bem mais objetiva e deverá ser feita pelo assistente social e pelo médico perito, a ser realizado necessariamente nessa ordem”¹⁶⁰.

A concessão do benefício assistencial (para o idoso ou para a pessoa com deficiência) também depende da comprovação da renda familiar inferior a um quarto do salário mínimo. Essa informação é comumente investigada pela realização de estudo social, através do assistente social.

No entanto, como visto, o estudo social não se presta apenas para investigar a renda familiar, mas também, deve integrar a perícia para aferir o grau de incapacidade.

É necessário perceber, portanto, que a perícia médica não basta para se concluir o grau de incapacidade. A própria lei que prevê a concessão de benefício assistencial determina

¹⁶⁰ Ob. Cit, p. 213.

realização de avaliação de fatores ambientais e sociais para integrar a perícia, numa perspectiva multidimensional.

2.2.2 A participação da pessoa deficiente no mercado de trabalho: incentivo

legislativo

A legislação brasileira, além de incentivar a pessoa deficiente à atividade laboral, facilitando a concessão de aposentadoria diferenciada (menor tempo de contribuição, proporcional ao grau de deficiência), também estabeleceu mecanismos de incentivo de absorção dessas pessoas pelo mercado de trabalho.

A Lei nº 8.213/91, no art. 93, estabelece cotas (de acordo com a quantidade de empregados) para empresas privadas admitirem pessoas com deficiência.

A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas.

E o Decreto nº 3.298/99 define regras para incentivo da contratação, pelas empresas, de pessoas deficientes, mediante procedimentos especiais, apoios especiais, oficina protegida de produção e oficina terapêutica.

A referida norma define como procedimentos especiais “os meios utilizados para a contratação de pessoa que, devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, exija condições especiais, tais como jornada variável, horário flexível, proporcionalidade de salário, ambiente de trabalho adequado às suas especificidades, entre outros” (art. 34, § 2º).

Também identifica apoios especiais “a orientação, a supervisão e as ajudas técnicas entre outros elementos que auxiliem ou permitam compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, de modo a superar as barreiras da mobilidade e da comunicação, possibilitando a plena utilização de suas capacidades em condições de normalidade” (art. 34, § 3º).

Considera oficina protegida de produção “a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo desenvolver programa de habilitação profissional para adolescente e adulto portador de

deficiência, provendo-o com trabalho remunerado, com vista à emancipação econômica e pessoal relativa” (art. 34, § 4º).

A oficina protegida terapêutica é qualificada como “a unidade que funciona em relação de dependência com entidade pública ou beneficente de assistência social, que tem por objetivo a integração social por meio de atividades de adaptação e capacitação para o trabalho de adolescente e adulto que devido ao seu grau de deficiência, transitória ou permanente, não possa desempenhar atividade laboral no mercado competitivo de trabalho ou em oficina protegida de produção” (art. 34, § 5º).

A norma citada (Decreto) também menciona dois graus de deficiência sem especificá-los. O parágrafo único do art. 34 refere que a contratação de pessoas com deficiência grave ou severa poderá ser efetivada mediante cooperativas sociais.

Como visto anteriormente, a deficiência grave não é incapacitante para trabalho (já que a lei incentiva o ingresso da pessoa ao mercado de trabalho e facilita a concessão de aposentadoria diferenciada). E a deficiência severa, de acordo com o Decreto nº 3.298/99, também não é incapacitante, pois o mesmo permite a contratação da pessoa portadora através de cooperativas sociais.

No entanto, não há definição de deficiência leve, moderada, grave ou severa para distinguir essas situações e compor o conceito de (in)capacidade laboral.

Esse incentivo legislativo do ingresso da pessoa deficiente no mercado de trabalho também é válido para o serviço público (art. 37 do Decreto nº 3.298/99) e para o estágio.

A Lei nº 11.788/08, que dispõe sobre o estágio de estudante, assegura às pessoas portadoras de deficiência o percentual de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas pela parte concedente do estágio (art. 17, § 5º).

No entanto, na referida lei de estágio, não há nenhuma distinção quanto à jornada de trabalho, definição ou distinção dos graus de deficiência.

No ano de 2007, o Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil elaborou um manual intitulado *A inclusão da pessoa deficiente no mercado de trabalho*, com “o objetivo de facilitar o cumprimento das normas contidas na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, especialmente a do seu art. 93”¹⁶¹.

Trata-se de uma compilação de perguntas e respostas nas quais são apresentados conceitos de categorias e obrigações legais previstas na legislação esparsa.

¹⁶¹ Disponível em http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CCDAEDE012CD0A2B79F70B3/inclusao_pessoas_defi12_07.pdf acessado em 23/01/2015.

Num determinado item, a definição de empresa socialmente responsável é desafiada, para que a contratação de pessoa com deficiência não se limite ao cumprimento de uma obrigação legal, mas que cumpra sua obrigação social, integrando os deficientes efetivamente na sociedade.

A inclusão da pessoa deficiente nas empresas socialmente responsáveis é assumida como um compromisso e um dos itens de sua política de responsabilidade social. E isso implica no desenvolvimento de políticas de promoção e respeito à diversidade no ambiente de trabalho¹⁶².

2.3. A habilitação e reabilitação profissional: preparação da pessoa com deficiência para o mercado de trabalho

A habilitação ou reabilitação é um serviço prestado pela Previdência Social aos segurados e, na medida do possível, a seus dependentes e às pessoas deficientes que nunca contribuíram para o Seguro Social. Está prevista no art. 89 (e seguintes) da Lei nº 8.213/91 e regulamentada pelo Decreto nº 3.048/99.

Trata-se de uma assistência (re)educativa e de (re)adaptação profissional que visa proporcionar aos beneficiários, incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho e às pessoas portadoras de deficiência, os meios indicados para proporcionar o (re)ingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem.

A habilitação não se confunde com reabilitação. Na primeira, o programa auxilia e qualifica a pessoa com deficiência que nunca esteve no mercado de trabalho, no qual será iniciada. Nesse caso, o serviço terá natureza de assistência social.

Na segunda (reabilitação) a pessoa com deficiência é auxiliada e preparada para o retorno às atividades laborais (na mesma ou outra função), perdidas em razão de acidente. Nesse caso, o serviço terá caráter obrigatório e natureza de prestação previdenciária.

É um serviço de caráter obrigatório ao segurado, em gozo de auxílio-doença, independentemente de sua idade, sob a pena de suspensão do benefício. Além de ser obrigado a se submeter a este serviço, o segurado também deve realizar tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos (art. 77 do

¹⁶² Ob. cit. p. 54.

Decreto 3048/99).

A reabilitação é apresentada como uma oportunidade, instrumento de aceitação interna para promoção do indivíduo e de sua dignidade, pois o liberta da dependência institucional.

A concessão do benefício de incapacidade para o trabalho não depende do ingresso do segurado no programa de reabilitação profissional, que pode ser dispensado para concessão do benefício dependendo do grau de incapacidade verificado.

Durante o processo de habilitação e reabilitação profissional, poderão ser fornecidos instrumentos de prótese, órtese e aparelhos para locomoção (a reparação ou a substituição desses instrumentos, desgastados pelo uso normal).

Além dessa ajuda material, o processo de reabilitação profissional é centrado na prestação de recursos sociais e investimento humano, desenvolvidos mediante as seguintes funções básicas, previstas no art. 136 do Decreto nº 3.048/99:

(i) avaliação do potencial laborativo;

(ii) orientação e acompanhamento da programação profissional;

(iii) articulação com a comunidade, inclusive mediante a celebração de convênio para reabilitação física restrita a segurados que cumpriram os pressupostos de elegibilidade ao programa de reabilitação profissional, com vistas ao reingresso no mercado de trabalho; e

(iv) acompanhamento e pesquisa da fixação no mercado de trabalho.

A execução dessas funções básicas dar-se-á, preferencialmente, mediante o trabalho de equipe multiprofissional especializada em medicina, serviço social, psicologia, sociologia, fisioterapia, terapia ocupacional e outras afins ao processo (art. 136, § 1º, Decreto nº 3.048/99).

Ao concluir o processo de reabilitação profissional, o beneficiário recebe da Previdência Social um certificado individual indicando as atividades que poderão ser exercidas por ele, sem prejuízo dele exercer outra atividade para a qual se capacitar.

O serviço de reabilitação ao trabalho não pode ser interpretado como uma imposição ao deficiente para ingresso no mercado de trabalho, conforme mencionado por Fabio Zambitte Ibrahim:

Embora a reabilitação possa parecer algo cruel, como que impondo ao deficiente ou sequelado o (re)ingresso no mercado de trabalho, excluindo a responsabilidade da previdência social, esta não é a interpretação correta do

serviço. Como prevê a própria Constituição, no art. 193, que abre o Título Ordem Social, com evidente carga axiológica, o trabalho é a base para alcançar-se a vida digna. A existência virtuosa demanda a possibilidade da pessoa manter-se por meio de seu próprio trabalho, implementando seus projetos de vida e conquistando satisfação pessoal, colhendo os frutos de seu labor. Somente excepcionalmente deverá alguém dever sua existência a um auxílio externo¹⁶³.

A previdência social não garante a colocação do habilitado ou reabilitado no mercado de trabalho, já que esse procedimento, como dito, termina com a emissão de certificado individual. Além desse programa, a admissão do habilitado/reabilitado em empresas de médio e grande porte é facilitada pela lei de cotas.

Todavia, o êxito na (re)integração do habilitado/reabilitado profissionalmente depende da participação efetiva da comunidade, especialmente das empresas, escolas, dos familiares e do próprio habilitado/reabilitado¹⁶⁴.

2.4 A conformação do conceito da incapacidade para o trabalho em uma perspectiva multidisciplinar: o papel das classificações da OMS

A Organização Mundial de Saúde – OMS (World Health Organization – WHO) é uma autoridade diretiva que coordena ações de saúde no âmbito internacional e tem a responsabilidade de desempenhar uma função de liderança em assuntos de saúde mundial, configurar a agenda de investigações sobre saúde, estabelecer normas, articular opções políticas baseadas em evidências, prestar apoio técnico aos países e vigiar as tendências mundiais de saúde¹⁶⁵.

No cumprimento de sua missão, a OMS tem produzido classificações internacionais sobre saúde, numa linguagem comum, que após endossadas internacionalmente facilitam o armazenamento, análise e interpretação da informação, permitindo comparação entre populações de diferentes países, ou de um mesmo país, ao longo do tempo¹⁶⁶.

A *família de classificações* (denominação da própria OMS) é formada por

¹⁶³ IBRAHIM, Fabio Zambitte. Ob. cit. p. 691.

¹⁶⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Ob. cit. p. 730.

¹⁶⁵ Texto original em espanhol, tradução livre do autor, disponível em <http://www.who.int/about/es/> em 19/01/2015.

¹⁶⁶ Texto original em inglês, tradução livre do autor, disponível em <http://www.who.int/classifications/en/> acessado em 19/01/2015.

“classificações de referência”, “classificações derivadas” e “classificações relacionadas”.

As “classificações de referência” são o tronco dessa árvore genealógica, suplementadas e complementadas pelas “classificações relacionadas” e “classificações derivadas”.

A OMS possui três “classificações de referência”: (i) CID (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde); (ii) CIF (Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde); e (iii) CIS (Classificação Internacional de Intervenção em Saúde)¹⁶⁷.

Em linhas gerais, as classificações da OMS são descritivas, com propósitos estatísticos, cujas informações podem ser utilizadas para orientar ações sociais direcionadas para aprimorar a saúde da população.

As classificações são utilizadas para separar situações distintas e agrupar fenômenos semelhantes. Conforme mencionado por Sérgio Pinto Martins, “nem toda pessoa deficiente é incapaz para o trabalho. Nem toda pessoa incapaz é deficiente”¹⁶⁸.

Essa premissa básica justifica a necessidade de um sistema de classificações com dedicação exclusiva para doenças, e outro dedicado para classificar funcionalidade, incapacidade e saúde, os quais não são excludentes, mas sim, complementares.

A reunião de informações através de uma família de classificação constitui valioso instrumento para gestão de serviços em saúde, possibilita melhorias no ambiente de trabalho para garantir mais vida e saúde para população¹⁶⁹.

2.4.1 Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10)

A *International Classification of Diseases – ICD* (Classificação Internacional de Doenças – CID) é uma ferramenta padrão utilizada para diagnóstico de epidemia, gerenciamento de saúde e propósitos clínicos¹⁷⁰.

É usada para monitorar a incidência e predomínio de doença e outros problemas

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Ob. cit. p. 531.

¹⁶⁹ MENDES, René. Patologia do Trabalho. Rio de Janeiro: Atheneu, 1995, pág. 81.

¹⁷⁰ Texto original em inglês, tradução livre do autor, disponível em <http://www.who.int/classifications/icd/en/> acessado em 19/01/2015.

relacionados à saúde, promovendo um panorama da situação geral da saúde em países e populações¹⁷¹.

A primeira classificação foi apresentada no século XVIII e as sucessivas revisões estavam relacionadas apenas às causas da morte. A partir da sexta revisão, em 1948, foram incluídas as doenças não fatais. Nas revisões seguintes, a finalidade da classificação foi expandida até tomar a forma atual, com a décima revisão¹⁷².

A CID-10 (décima revisão) é um sistema de categorias que utiliza códigos alfanuméricos para traduzir diagnósticos de doenças e outros problemas relacionados com a saúde, permitindo fácil armazenamento, recuperação e análise da informação.

A CID-10 e a CIF são classificações complementares e podem ser utilizadas em conjunto. Enquanto a CID classifica as condições de saúde (doenças, distúrbios ou lesões), fornecendo uma estrutura etiológica, a CIF classifica a funcionalidade e a incapacidade associadas ao estado de saúde¹⁷³.

A informação sobre o diagnóstico da CID é acrescida pela análise funcional da CIF de modo a fornecer quadro mais amplo e objetivo sobre a saúde do indivíduo. A mesma doença que afeta duas pessoas pode implicar níveis distintos de funcionalidade. E duas pessoas com o mesmo nível de funcionalidade, podem ter condições de saúde distintas¹⁷⁴.

A necessidade de distinguir essas situações justifica um sistema de classificações em resposta às demandas mais complexas.

2.4.2 Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)

A Organização Mundial de Saúde publicou com caráter experimental, em 1980, a Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (ICIDH).

A revisão dessa classificação, após anos de estudos, deu origem à aprovação da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF¹⁷⁵, em maio de 2001.

A CIF não é apenas uma tabela de códigos. Sua complexidade é introduzida em

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² Disponível em <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm> acessado em 19/01/2015.

¹⁷³ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. Ob. cit. p. 210.

¹⁷⁴ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. Ob. cit. p. 210.

¹⁷⁵ Original disponível em <http://apps.who.int/iris/handle/10665/43360>, nos seguintes idiomas: Italiano, Chinês, Inglês, Russo, Sueco e Espanhol, acessado em 08/01/2015. A versão em Português está disponível em http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf, acessado em 09/01/2015.

formato de manual (com mais de 238 páginas, na versão em português), que define categorias e apresenta instruções para sua utilização.

Aliás, a própria OMS recomenda aos utilizadores da CIF que recebam ações de formação sobre a utilização da classificação através da OMS e da sua rede de centros colaboradores.

É um instrumento de abrangência universal por utilizar uma linguagem comum e padronizada, permitindo melhor comunicação sobre saúde e cuidados médicos em todo o mundo¹⁷⁶. Exigência de uma época global, quando pessoas, coisas e ideias são desterritorializadas, com envolvente grau de interdependência entre economias domésticas e mercados financeiros¹⁷⁷.

A CIF foi desenvolvida para descrever domínios da saúde (exemplos: ver, ouvir, andar, apreender e recordar) e domínios relacionados à saúde (exemplos: transporte, educação e interação social). É um amplo contexto que abrange questões relacionadas à saúde, excluindo limitações da capacidade de exercer alguma tarefa em razão da raça, sexo, religião ou circunstâncias sócio-econômicas¹⁷⁸.

A funcionalidade, de acordo com a CIF, “engloba todas as funções do corpo, actividades e participação” e a incapacidade “inclui deficiências, limitação da actividade ou restrição na participação”¹⁷⁹.

Edmilson de Almeida Barros Júnior define a CIF como um documento de linguagem e abrangência universal que avalia a complexa inter-relação entre indivíduo e sociedade:

A CIF é um documento de linguagem e abrangência universal; representa o reconhecimento revisional da força política do modelo social da deficiência e transmuda-se de uma classificação de corpos com lesões para uma avaliação complexa da inter-relação indivíduo e sociedade. Uma pessoa com doença não é simplesmente um corpo com lesões, mas um ser humano com lesões vivendo em um ambiente que normalmente o oprime e segrega¹⁸⁰.

A CIF, portanto, mais do que um instrumento de apoio assistencialista, se tornou

¹⁷⁶ Organização Mundial de Saúde – OMS. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Tradução e revisão: Amélia Leitão. Direcção Geral da Saúde. Lisboa, 2004, p. 7, disponível em http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf, acessado em 09/01/2015.

¹⁷⁷ ARAÚJO, Orlando de. O trabalhador global e a previdência social: reflexões sobre um direito humano em crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 109.

¹⁷⁸ Classificação Internacional de Funcionalidade e Saúde. Tradução e revisão: Amélia Leitão. Lisboa, 2004, p. 07.

¹⁷⁹ Classificação Internacional de Funcionalidade e Saúde. Tradução e revisão: Amélia Leitão. Lisboa, 2004, p. 07.

¹⁸⁰ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. Ob. Cit, p. 209.

“aliada ao desenvolvimento humano (individual, coletivo e social)”¹⁸¹.

A avaliação dos graus de deficiência e da incapacidade laboral deixou de ser apenas uma relação médico-paciente para incluir o ambiente social no qual o indivíduo está inserido. Essa nova visão alterou não só a fórmula de avaliação, mas também a própria definição de saúde.

Hoje o conceito de saúde-doença mudou. Não tem mais uma única causa – puramente médica, iniciada com a descoberta dos agentes patógenos. Mas um enfoque multicausal que considera o processo como uma relação entre o indivíduo e o seu meio ambiente¹⁸².

A CID-10 e a CIF não são classificações excludentes, mas complementares. A CID-10 fornece uma estrutura de base etiológica, enquanto a CIF é utilizada para identificar a funcionalidade e a incapacidade associados aos estados de saúde¹⁸³.

E para sua melhor utilização, fornece conceitos operacionais de categorias citadas no seu sistema de classificação, que é organizado num esquema hierárquico e ramificado. A cabeça da classificação é dividida em duas partes.

A primeira inclui funcionalidade e incapacidade, com dois componentes: a) funções do corpo e estruturas do corpo; b) atividade e participação. A segunda parte se refere a fatores contextuais e também possui dois componentes: a) fatores ambientais; b) fatores pessoais¹⁸⁴.

Esses componentes são identificados por letras: “b” (*body*) para funções do corpo; “s” (*structure*) para estruturas do corpo; “d” (*domain*) para atividades e participação; “e” (*environment*) fatores ambientais. Atualmente, não há classificação na CIF para fatores pessoais¹⁸⁵.

Abaixo dos componentes estão ramificados os construtores (qualificadores), os domínios, categoriais, com aspectos positivos (facilitadores) ou negativos (barreiras/obstáculos).

A incapacidade e a funcionalidade podem ser descritas pelo modelo médico e pelo modelo social.

No *modelo médico*, a incapacidade é considerada como um problema da pessoa, causado diretamente pela doença, trauma ou outro problema de saúde que requer assistência

¹⁸¹ BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. Ob. Cit, p. 209.

¹⁸² FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 85.

¹⁸³ OMS, CIF, p. 08.

¹⁸⁴ OMS, CIF, p. 13.

¹⁸⁵ OMS, CIF, p. 13.

médica na forma de tratamento individual por profissional especializado¹⁸⁶.

Nesse caso, a cura, a adaptação do indivíduo e a mudança do seu comportamento são as respostas oferecidas à incapacidade. A assistência médica é considerada a questão principal, e no âmbito político, o aperfeiçoamento do sistema é apresentado pela modificação ou reforma da política de saúde¹⁸⁷.

No *modelo social* a incapacidade decorre de um problema criado pela sociedade e, por isso, se promove a integração plena do indivíduo. A incapacidade não é atributo individual, mas um complexo conjunto de condições, muitos dos quais criados pelo ambiente social¹⁸⁸.

A ação social é apresentada como solução do problema e a sociedade é chamada à responsabilidade através modificações ambientais necessárias para a participação plena das pessoas com incapacidades em todas as áreas da vida social¹⁸⁹.

A CIF é baseada na integração desses dois modelos opostos (médico e social). A abordagem “biopsicossocial” é utilizada para obter a integração de várias perspectivas da funcionalidade com objetivo de oferecer uma visão coerente das diferentes perspectivas da saúde: biológica, individual e social¹⁹⁰.

Esse sistema não foi desenvolvido para avaliar pessoas ou apresentar diagnóstico de doenças. Sua linguagem científica é descritiva, inclui variáveis relacionadas com indivíduo e com o ambiente social no qual ele (o indivíduo) está inserido. A soma ou combinação de seus códigos ou variáveis também não resultam em definições sobre a incapacidade do indivíduo para o trabalho.

A CIF foi introduzida com propósito estatístico e investigativo (medir resultados, qualidade de vida ou fatores ambientais). Também foi apresentada como ferramenta clínica (avaliar necessidades e compatibilizar tratamentos), de política social (planejar o sistema de segurança social) e pedagógica (elaborar programas educacionais e de conscientização)¹⁹¹.

A CIF não classifica eventos, como a CID, através da qual *enxaqueca com aura* (*enxaqueca clássica*) é traduzida pelo código *G43.1*.

Nos termos da CIF, funcionalidade pode afetar o indivíduo a nível corporal, individual e social. E por essa razão, devem ser considerados todos os componentes da classificação, como funções do corpo, atividades e participação, fatores ambientais. No entanto, é pouco

¹⁸⁶ OMS, CIF, p. 21.

¹⁸⁷ OMS, CIF, p. 21.

¹⁸⁸ OMS, CIF, p. 22.

¹⁸⁹ OMS, CIF, p. 22.

¹⁹⁰ OMS, CIF, p. 22.

¹⁹¹ CIF, p. 09.

provável que todos os códigos possíveis sejam utilizados em cada contato para descrever uma dada experiência de saúde. Assim, o utilizador da CIF relacionará os códigos mais relevantes de acordo com as circunstâncias em que se verificar o contato¹⁹².

A OMS não foi a única a desenvolver um sistema de classificação de doenças relacionadas ao trabalho. René Mendes refere que “muitos critérios de classificação de patologia do trabalho têm sido utilizados” sendo que um dos primeiros a tentar classificar as “doenças do trabalhador” foi Bernardino Ramazzini, há mais de trezentos anos¹⁹³.

A classificação empírica de Ramazzini sistematiza a patologia do trabalho em dois grupos. No primeiro, estão as doenças causadas pela nocividade da matéria manipulada; e no segundo, doenças causadas pelas condições de trabalho (posições forçadas ou inadequadas)¹⁹⁴.

Outra forma de classificação foi desenvolvida por Ivar Oddone e seus colaboradores. Nesse sistema, há quatro grupos de fatores nocivos. O primeiro compreende fatores nocivos presentes no ambiente indiretamente relacionados com o trabalho, como luz, barulho, temperatura, ventilação umidade¹⁹⁵.

No segundo grupo, estão compreendidos os fatores característicos do ambiente de trabalho, tais como poeiras, gases, vapores e fumos. No terceiro, são inseridos os fatores relacionados ao trabalho físico. E o quarto grupo de fatores nocivos abrange cada condição de trabalho, além do trabalho físico, capaz de provocar estresse, como monotonia, ansiedade, ritmos excessivos, ocupações do tempo, repetitividade, responsabilidade, posições incômodas, etc¹⁹⁶.

René Mendes também refere um terceiro sistema de classificação desenvolvido pelo inglês Richard Schilling, que agrupa doenças relacionadas com o trabalho em três categorias: (i) trabalho como causa necessária; (ii) trabalho como fator contributivo, mas não necessário; (iii) trabalho provocador de um distúrbio latente ou agravador de doença já estabelecida¹⁹⁷.

Independente do critério utilizado para desenvolver sistemas de classificação, é possível perceber uma quantidade indeterminada de variáveis que influenciam, reciprocamente, doença e trabalho. Ao tempo em que a doença incapacita para o trabalho, neste pode estar a causa da doença.

¹⁹² CIF, p. 198.

¹⁹³ MENDES, René. Patologia do trabalho. Rio de Janeiro: Atheneu, 1995, p. 37.

¹⁹⁴ MENDES, René. Ob. cit. p. 37.

¹⁹⁵ MENDES, René. Ob. cit. p. 38.

¹⁹⁶ MENDES, René. Ob. cit. p. 38.

¹⁹⁷ MENDES, René. Ob. cit. p. 38.

Daí resulta o denso e complexo sistema de classificação apresentada pela OMS para funcionalidade, incapacidade e saúde, pois percebe que a incapacidade do indivíduo pode estar relacionada com a dimensão corporal, individual e social.

Apesar de ser um sistema de classificação complexo, sua maior relevância diz respeito ao procedimento de abordagem. A CIF possibilita uma visão holística da saúde, mediante abordagem multidisciplinar.

Não há dúvidas de que o médico é o melhor profissional para avaliar o indivíduo em nível corporal. Com o método introduzido pela CIF, a descrição dos problemas de saúde pode ser enriquecida com a contribuição de profissionais com formação específica para avaliar o indivíduo numa perspectiva individual e social.

Conforme já mencionado, a CIF não induz ao diagnóstico da incapacidade. Não há uma tradução de que as deficiências funcionais encontradas implicam num determinado grau de incapacidade. Todavia, sua forma de abordar o tema, com uma metodologia multidisciplinar, pode ser exportada para melhor avaliar o indivíduo no momento em que se busca um diagnóstico sobre sua funcionalidade e incapacidade.

A CIF é apresentada como um valioso instrumento estatístico para diversos fins, e sua metodologia permite reflexão sobre o procedimento utilizado para diagnosticar funcionalidade e incapacidade.

2.5 Categorias constitutivas da incapacidade para o trabalho

A definição de incapacidade laboral não interessa apenas ao seguro social, para fins de concessão de benefícios, sejam eles previdenciários ou assistenciais. No âmbito civil e penal, a constatação de incapacidade reflete em contratos de seguro, responsabilidade civil e qualificação de crimes.

Algumas categorias transitam pelas diferentes áreas do conhecimento com significados distintos.

Na medicina curativa, “lesão corporal” se restringe à alteração anatômica ou funcional de um órgão ou tecido. Na medicina legal a mesma expressão corresponde a qualquer alteração ou desordem da normalidade, de origem externa e violenta, capaz de provocar um dano à saúde. Na perspectiva patológica, não há lesão em raspar arbitrariamente o cabelo de

outrem, mas do ponto de vista criminal, isso pode configurar lesão corporal leve¹⁹⁸.

Na mesma área de conhecimento (criminal) pode haver duas interpretações para a categoria de “incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias”, que possui relevância para comprovação da lesão corporal grave, conforme ensina Flaminio Fávero:

Para uns, a inabilitação cessava quando inteiramente consolidada a lesão, anatômica e funcionalmente, transposto até o período de convalescência, tudo permitindo ao ofendido voltasse à sua atividade costumeira, nas mesmas condições anteriores. Outros entendem, ao invés, que a inabilitação cessava quando a vítima podia retomar, em condições razoáveis, suas ocupações, sem maior dano ou sem agravamento local ou geral da lesão, embora esta não estivesse inteiramente consolidada¹⁹⁹.

Na continuidade do exemplo acima citado, a definição de categorias pode parecer uma espiral de “definições indefinidas”, que nunca chegam ao núcleo do problema. É o caso de “condições razoáveis”.

As lesões graves são definidas pelo Código Penal, dentre outras hipóteses, como resultantes de incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias. A incapacidade é cessada quando a pessoa reúne condições razoáveis para retornar às suas atividades costumeiras.

A categoria “condições razoáveis” é apresentada como ponto final interpretativo de uma espiral de definições iniciada com lesão corporal grave, que passa por incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias, mas ao final, se revela uma porta de interpretação pelo bom senso, já que não há definição objetiva sobre essa expressão (condições razoáveis).

Algumas categorias são utilizadas como sinônimo ou seu significado está imbricado em outras. René Mendes reúne as expressões sofrimento, agravo e dano à saúde sob a categoria *pathos*. Também apresenta a definição dessas três expressões: (i) sofrimento: dor física, angústia, aflição, amargura, infortúnio, desastre, agravo. (ii) agravo: dá a ideia de prejuízo, dano; (iii) dano: significa estrago, deterioração, danificação²⁰⁰.

Essa breve introdução sobre definição de categorias serve para demonstrar que eleger e definir categorias pode parecer um desafio inesgotável pelo insaciável apetite humano na contínua busca e descoberta de novos conhecimentos. Nesse complexo processo para etiquetar

¹⁹⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001, p. 136.

¹⁹⁹ FAVERO, Flaminio. Medicina Legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia. 12ª ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991, p. 222.

²⁰⁰ MENDES, René. Ob. cit. p. 35.

a informação, as categorias não são exclusivas, vale dizer, as definições podem ser delimitadas, mas parcialmente se sobrepõem.

As categorias constitutivas da incapacidade laboral podem ser extraídas do seu conceito. A CIF define incapacidade e funcionalidade como conceitos opostos, sendo possível relacionar condições de saúde e fatores contextuais como categorias constitutivas da incapacidade:

Funcionalidade é um termo genérico ("chapéu") para as funções do corpo, estruturas do corpo, actividades e participação. Ele indica os aspectos positivos da interacção entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e os seus factores contextuais (ambientais e pessoais)²⁰¹. (grifado no original).

Incapacidade é um termo genérico ("chapéu") para deficiências, limitações da actividade e restrições na participação. Ele indica os aspectos negativos da interacção entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e seus factores contextuais (ambientais e pessoais)²⁰². (grifado no original).

Os fatores contextuais serão abordados no terceiro capítulo desta dissertação. No que se refere às condições de saúde, estas podem ser associadas à doença e deficiência.

Nas palavras de Wladimir de Novaes, as categorias *doença* (enfermidade, moléstia ou agravo) e *deficiência* são oferecidas de forma conjunta, uma explicando a outra, para compreender o conceito de incapacidade laboral. Há vários pontos comuns e aspectos díspares nos conceitos de doença e deficiência do ser humano: ambos podem ser incapacitantes²⁰³.

A legislação previdenciária não define incapacidade, apenas prevê a concessão de benefícios em razão da incapacidade. Todavia, no art. 42, § 2º, da Lei 8.213/91, que trata sobre a aposentadoria por invalidez, é possível concluir que lesão e doença são categorias constitutivas da incapacidade²⁰⁴.

Nessa linha de pensamento, as doenças e lesões estão relacionadas com as causas determinantes da incapacidade. E como consequência da incapacidade, é possível incluir a categoria debilidade, que pode estar relacionada ao grau de funcionalidade. É o grau de funcionalidade que determina a incapacidade total ou parcial.

²⁰¹ CIF, p. 186.

²⁰² CIF, p. 186.

²⁰³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Os deficientes no direito previdenciário. p. 45.

²⁰⁴ Art. 42, §2º. A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

2.5.1 Patologia (doenças) e traumatologia (lesões)

A Medicina é compreendida como a ciência que previne, minora e cura o ser humano dos sofrimentos produzidos pelas doenças. As causas das doenças e os mecanismos que as produzem, são objetos de estudo da patologia²⁰⁵.

A lesão (ou mecanismos de lesão) de células, tecidos e órgãos é a base do processo patológico. A lesão tecidual é iniciada com alterações moleculares ou estruturais das células. A célula é um microcosmo pulsátil, em constante movimentação, que modifica sua estrutura e função em resposta à mudança das demandas e estresses²⁰⁶.

A lesão depende da intensidade de estresse a que a célula é submetida, e da sua capacidade de adaptação. A célula pode sofrer adaptação, mas preservar sua saúde, mesmo após ser submetida a excessivo estresse fisiológico ou a determinados estímulos patológicos. Quando a célula não consegue responder à adaptação, ou se a capacidade de adaptação da célula for excedida, ocorre lesão celular (reversível ou irreversível)²⁰⁷.

A definição de doença se relaciona ao conceito biológico de adaptação. A adaptação é inerente aos seres vivos e se traduz na habilidade de sentir as variações do meio ambiente (irritabilidade) e produzir respostas (variações bioquímicas e fisiológicas) capazes de se adaptar essas variações ambientais²⁰⁸.

A capacidade de adaptação é variável. Alguns animais de indiferentes espécies possuem melhor ou pior capacidade de adaptação, dependendo do patrimônio genético²⁰⁹.

Nesse contexto, a saúde é definida como “um estado de adaptação do organismo ao ambiente físico, psíquico e social em que vive, sentindo-se bem (saúde subjetiva) e sem apresentar sinais ou alterações orgânicas evidentes (saúde subjetiva). Ao contrário, doença é um estado de falta de adaptação ao ambiente físico, psíquico ou social, no qual o indivíduo sente-se mal (sintomas) e apresenta alterações orgânicas evidenciáveis (sinais)”²¹⁰.

As causas de lesão, identificadas como agressões ou agentes lesivos, são inúmeras e podem ser produzidas por qualquer estímulo da natureza, dependendo de sua

²⁰⁵ BRASILEIRO FILHO, Geraldo. Bogliolo: Patologia Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A. 1998, p. 1

²⁰⁶ COTRAN, Ramzi S. KUMAR, Vinay. ROBBINS, Stanley L. Patologia básica. Tradução: Cláudia Lúcia Caetano de Araújo. Título original: Basic Pathology. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A. 1994, p. 3.

²⁰⁷ COTRAN, Ramzi S. KUMAR, Vinay. ROBBINS, Stanley L. Patologia básica. Tradução: Cláudia Lúcia Caetano de Araújo. Título original: Basic Pathology. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A. 1994, p. 3.

²⁰⁸ BRASILEIRO FILHO, Geraldo. Ob. Cit., p. 1

²⁰⁹ BRASILEIRO FILHO, Geraldo. Ob. Cit., p. 1

²¹⁰ BRASILEIRO FILHO, Geraldo. Ob. Cit., p. 1

intensidade, do tempo de ação e da constituição do organismo (capacidade de agir)²¹¹.

A lesão celular não se confunde com lesão traumatológica. A traumatologia, ou lesionologia médico-legal, se dedica ao estudo das lesões e estados patológicos, imediatos ou tardios, produzidos por violência sobre o corpo humano²¹².

A lesão traumatológica decorre de violência provocada por energias existentes no ambiente em que o ser humano vive. Essas energias podem ser de ordem mecânica, física, química, físico-química, bioquímica, biodinâmica ou mista²¹³.

As doenças são reações aos estímulos naturais; enquanto que lesões resultam de ato violento causado pelas diversas formas energias, também conhecido como acidente pessoal.

A lesão pode ser provocada por ato súbito ou microtraumas. Nesse último caso, há diversos precedentes²¹⁴ de tribunais superiores que consideram os microtraumas como acidente pessoal.

As doenças e as lesões podem causar incapacidade. No entanto, é possível conviver com a doença e com a lesão, sem que elas incapacitem o ser humano para o trabalho.

A incapacidade, nesse caso, dependerá do grau de funcionalidade da pessoa. É o grau de funcionalidade que irá determinar se aquela doença ou lesão produziu incapacidade total ou parcial. Daí resulta a noção de debilidade.

2.5.2 A noção de debilidade, os graus de funcionalidade e deficiência que implicam no conceito de incapacidade laboral

A debilidade é fraqueza, enfraquecimento, e que, nos acidentes de trabalho, está relacionada à incapacidade parcial. É fórmula ampla, que vai das pequenas às grandes perturbações²¹⁵.

A debilidade não é encontrada apenas nos acidentes de trabalho. A compreensão dessa categoria inclui qualquer doença ou deficiência como causa da debilidade.

Sem mencionar acidente de trabalho, Genival França refere que “por debilidade,

²¹¹ BRASILEIRO FILHO, Geraldo. Ob. Cit., p. 19.

²¹² FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal, p. 64.

²¹³ FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal, p. 64.

²¹⁴ STJ, Resp 324197/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 23.11.04.

²¹⁵ FAVERO, Flaminio. Ob. cit. p. 225.

deve-se entender enfraquecimento ou redução ou debilitação da capacidade funcional ou de uso"²¹⁶.

A debilidade diz respeito ao grau de funcionalidade, que será determinante para reconhecimento da incapacidade. Obviamente, não é a única variável na equação de diagnóstico da incapacidade. Logo, a incapacidade não é diagnosticada quando se atinge determinado nível de funcionalidade.

É possível que o ser humano conviva com doenças e lesões sem que estas tenham repercussão na capacidade laboral. No entanto, quando as doenças e lesões causarem debilidade, nesse caso será necessário medir o grau de funcionalidade resultante da debilidade constatada.

A debilidade também pode ser associada à deficiência, pois a deficiência é resultado de uma perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano. Aliás, essa definição de deficiência é extraída do art. 3, I, do Decreto nº 3.298/99.

A deficiência permanente, nos termos do mesmo Decreto, é aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.

E a incapacidade, ainda segundo definição do próprio Decreto, é uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

A Lei Complementar 142/13 estabeleceu gradação de deficiência grave, moderada e leve para fins de concessão de aposentadoria diferenciada.

A Lei nº 6.194/74 também estabelece grau de invalidez para fins de concessão de indenização de seguro por dano pessoal causado por veículo automotor em via terrestre, ou por sua carga, à pessoa transportada ou não, também conhecida como DPVAT.

Na referida lei, foram estabelecidos valores correspondentes ao grau de perda equivalente à invalidez. Esta pode ser total ou parcial. A invalidez permanente parcial se subdivide em completa em incompleta conforme a extensão das perdas anatômicas ou

²¹⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal, p. 140.

funcionais.

Além disso, a invalidez permanente parcial incompleta é fragmentada em repercussão intensa, média, leve ou sequela residual (art. 3º, I, da Lei nº 6.194/74).

A CIF também apresenta graus de funcionalidade, que são identificados como qualificadores. Esses qualificadores indicam a magnitude do nível de saúde ou a gravidade do problema. Eles descrevem a extensão do problema, de acordo com o respectivo componente. Todos os componentes são quantificados através da mesma escala genérica. Ter um problema pode significar uma deficiência, limitação, restrição ou barreira²¹⁷. A qualificação ou gradação do problema obedece a seguinte escala:

xxxx.0	NÃO há problema	(nenhum, ausente, insignificante):	0–4%
xxxx.1	Problema LIGEIRO	(leve, pequeno):	5–24%
xxxx.2	Problema MODERADO	(médio, regular, ...):	25–49%
xxxx.3	Problema GRAVE	(grande, extremo, ...):	50–95%
xxxx.4	Problema COMPLETO	(total, ...):	96–100%
xxxx.8	não comprovado		
xxxx.9	não especificado		

É possível perceber a existência de diversas categorias para tentar explicar o mesmo fenômeno. Ainda utilizadas em campos do conhecimento distintos (criminal, previdenciário, securitário), é possível perceber um padrão que pode ser trazido pelo grau de funcionalidade ou qualificação do problema, nível de deficiência, percentual de perda.

2.6 A (in)suficiente perícia médica como instrumento caracterizador da

incapacidade: abordagem multidisciplinar

A legislação processual previdenciária, em regra, se apoia no Código de Processo Civil. Não se desconhece a existência de regras processuais e procedimentais específicas da legislação previdenciária, como é o caso do Juizado Especial Federal. No entanto, tratando-se de matéria probatória, recorre-se ao Código de Processo Civil.

E dele se extrai que a verdade dos fatos pode ser provada por todos os meios

²¹⁷ CIF, p. 196.

legais, ainda que não especificados (art. 332 do Código de Processo Civil). A confissão, o depoimento pessoal, a prova documento, testemunhal, pericial e a inspeção judicial são as provas especificadas no referido código.

A prova pericial é utilizada quando o julgamento do mérito da causa depende do conhecimento técnico do qual o juiz não dispõe. Nesse caso, recorre-se ao auxílio do especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão julgador seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação²¹⁸.

A distinção entre a prova pericial e a prova testemunhal é apontada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Note-se que o perito não traz ao juiz fatos, mas sim opiniões técnicas e científicas a respeito de fatos. Assim, é fácil distinguir a prova testemunhal e a prova pericial: enquanto a primeira se destina a aportar ao processo, por intermédio de pessoa (testemunha), a versão dele sobre fato, a segunda (pericial) tem por objetivo, precisamente, tomar do perito impressões técnicas, juízos especializados sobre os fatos relevantes da causa²¹⁹.

Na prática, a perícia tem a vantagem de proporcionar ao julgador melhor contato com a verdade dos fatos, que de outra forma não teria como compreender ou identificar. Amplia os horizontes da decisão e possibilita solução mais justa. Por outro lado, a perícia subtrai do julgador, até certo ponto, a interpretação direta dessa mesma verdade dos fatos, na medida em que este confia na análise de terceiros (peritos), ainda que a lei não deixe dúvidas sobre a clara desvinculação para com as conclusões do técnico (art. 436 do CPC)²²⁰.

As decisões judiciais, pela sistemática processual, são baseadas no livre convencimento motivado, e não em prova tarifada. Assim, a perícia não tem mais valor do que outra prova, e o perito não se arroga no poder decisório conferido ao juiz.

No entanto, nas demandas previdenciárias em que se pretende trazer à tona a verdade de fatos relacionados à incapacidade para o trabalho, não há como negar o caráter decisivo da prova pericial.

A legislação processual não oferece modelo padrão sobre a forma de elaboração do laudo pericial. Em qualquer caso, o perito deve fundamentar suas conclusões e responder as perguntas formuladas. José Antônio Savaris elenca o que deve conter no laudo pericial:

²¹⁸ CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 463.

²¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 378.

²²⁰ MARCATO, Antônio Carlos. Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1294.

O laudo pericial, reconhecidamente a mais relevante prova nas ações previdenciárias por incapacidade, deve contar, pelo menos: as queixas do periciando; a história ocupacional do trabalho; a história clínica e o exame clínico (registrando dados observados nos diversos aparelhos, órgãos e segmentos examinados, sinais, sintomas e resultados de testes realizados; os principais resultados e provas diagnósticas (registrar exames realizado com as respectivas datas e resultados); o provável diagnóstico (com referência à natureza e localização da lesão); o significado dos exames complementares em que apoiou suas convicções; as consequências do desempenho de atividade profissional à saúde do periciando²²¹.

Ademais, é necessário distinguir as funções do médico assistente e do médico perito. A atribuição do médico assistente é diagnosticar e tratar o paciente, enquanto que o foco do médico perito é a incapacidade laboral. Essas atribuições distintas podem implicar resultados conflitantes sobre a incapacidade, justamente porque o médico perito não emite opinião sobre o tratamento, enquanto o médico assistente não poderia atestar a incapacidade.

Na relação médico-paciente, há um compromisso com a cura e/ou prevenção de doença. E de forma reflexa, o médico assistente emite opinião a respeito da incapacidade laborativa, sem conhecer profundamente a atividade laborativa do paciente, por não ter pleno conhecimento de profissiografia ou da legislação pertinente sobre benefícios por incapacidade, atribuição exclusiva dos médicos-peritos²²².

Nesse confronto de titãs, dois especialistas da área de saúde, médico laboral (ou pericial) e médico especialista da respectiva doença ou lesão em evidência podem ter opiniões diferentes sobre a capacidade funcional do indivíduo analisado.

A abordagem multidisciplinar, respeitante a incapacidade, não é oferecida para decidir em favor de uma opinião médica, mas para fornecer melhores subsídios através de uma radiografia do contexto social e individual.

A incapacidade para o trabalho, como ressalta José Antônio Savaris, “não pode ser identificada apenas a partir de uma perspectiva médica, mas apurada também pela realidade social e pelas condições sociais do segurado”²²³.

Não é apenas a limitação de saúde da pessoa que é levada em consideração no momento do diagnóstico da incapacidade. A limitação imposta pela sua história de vida e pelo seu universo social também são fatores que devem ser abordados no momento em que a

²²¹ SAVARIS, José Antônio. Curso de Perícia Judicial Previdenciária. Coord. José Antônio Savaris. São Paulo: Conceito, 2011, p. 29.

²²² GONZAGA, Paulo. Ob. cit., p. 16.

²²³ SAVARIS, José Antônio. Direito Processual Previdenciário. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 232.

incapacidade e funcionalidade estiverem sendo analisadas²²⁴.

A abordagem multidisciplinar não pretende retirar do médico sua competência em analisar o indivíduo. No entanto, o perito deve assumir a limitação de conhecimento de sua especialidade, que, em certas ocasiões, pode não ser suficiente para concluir o cada vez mais complexo diagnóstico da incapacidade e funcionalidade do corpo humano.

Nesse contexto, são introduzidas as três condicionantes impostas ao perito judicial para realizar um trabalho qualificado, seguro e idôneo: saber o que faz; saber que pode não saber; saber o que pode saber²²⁵.

A conclusão pericial não se resolve pelo discurso da legitimidade, vale dizer, do maior especialista no problema de saúde que está sendo examinado. É um conteúdo fundamentado da perícia que pode oferecer a mais ampla discussão sobre a incapacidade e a funcionalidade.

A análise da deficiência, apenas pela abordagem médica, resulta ultrapassada em razão dos desafios e novos riscos sociais que se apresentam na sociedade atual.

A perícia biopsicossocial se apresenta, portanto, como ferramenta mais consentânea para análise dos graus de deficiência e funcionalidade, que serão utilizados como variáveis na compreensão a respeito da incapacidade laboral. Aliás, é oportuna transcrição do pensamento de Lizarb Cilindro Cardoso, a esse respeito:

A partir da quebra do paradigma da perícia biomédica, erigiu-se no ordenamento jurídico a consciência de que a PERÍCIA BIOMÉDICA não mais se apresenta como instrumento suficiente para dizer a incapacidade ou deficiência de determinado indivíduo, sendo de rigor a avaliação da incapacidade e da funcionalidade por meio de interação dinâmica entre fatores ambientais e pessoais de cada indivíduo – PERÍCIA BIOPSISSOCIAL, instituída pela OMS por meio da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), em complementação à Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, relativa À décima revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10)²²⁶.

A formação do conhecimento cada vez mais especializado sugere a necessidade de produzir mais do que uma imagem para revelar a nitidez da incapacidade e da funcionalidade.

Não se trata apenas de ajustar a distância focal ou produzir uma imagem

²²⁴ SAVARIS, José Antônio. Direito Processual Previdenciário. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 233.

²²⁵ SAVARIS, José Antônio. Curso de Perícia Judicial Previdenciária. Coord. José Antônio Savaris. São Paulo: Conceito, 2011, p. 09.

²²⁶ CARDOSO, Lizarb Cilindro. A perícia médica complexa (biopsicossocial), à luz do modelo integrador de funcionalidade, incapacidade e saúde, instituído pela OMS. Disponível em www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14419, acessado em 22/06/2015.

panorâmica; mas sim, agregar também as perspectivas macro e grande angular, cujo peso do conhecimento é cada vez maior para um único par de olhos.

Capítulo 3. A concepção do ser humano e as variáveis sociais: influências na composição da incapacidade laboral

A definição de incapacidade também justifica abordagem pelos contextos sociais e individuais, pois o reconhecimento da invalidez não está reduzida à análise do funcionamento orgânico/corporal, mas também, de circunstâncias relacionadas à psique e oportunidades sociais (especialmente no que se refere ao mercado de trabalho).

A temática é altamente complexa em razão da pluralidade de situações que envolvem as funcionalidades corporais, numa equação que deve ser composta com diferentes tipos de personalidades (valores éticos e morais que cada indivíduo carrega dentro de si, e que formam sua existência), além das variáveis relacionadas à lógica do mercado que, por sua vez, é ditada pela economia global, base sobre a qual as oportunidades de emprego são oferecidas em nível cada vez mais competitivo.

Daí resulta a necessidade de compreender o ser humano, na concepção filosófica, e identificar as variáveis sociais que igualmente podem influenciar e compor a definição sobre a incapacidade laboral.

3.1 O conteúdo jurídico da dignidade humana

A dignidade da pessoa humana é a base da República Portuguesa²²⁷ e o fundamento da República Federativa do Brasil²²⁸. No mundo ocidental, a dignidade se tornou consenso ético após a Segunda Grande Guerra e está materializada em convenções e declarações internacionais²²⁹.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948²³⁰, a

²²⁷ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa: Art. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

²²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273.

²³⁰ Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

dignidade é atributo intrínseco a todos os seres humanos, que o usufruem desde o nascimento, de forma livre e igual.

E na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, está previsto que a dignidade é inviolável, deve ser respeitada e protegida²³¹.

Indicar a dignidade da pessoa humana como base, fundamento, como direito humano ou como um direito fundamental não é suficiente para compreender seu alcance e seu significado.

É necessário esforço doutrinário para preencher o conteúdo jurídico da dignidade, já que sua definição sofre de grande vagueza, conforme adverte Luís Roberto Barroso:

De conflito de vizinhança à proibição de brigas de galo, a dignidade é utilizada como uma varinha de condão que resolve problemas, sem maior esforço argumentativo. Naturalmente, não é bom que seja assim. Por essa razão, torna-se necessário um esforço doutrinário para determinar sua natureza jurídica e o seu conteúdo²³².

A concepção da dignidade da pessoa humana é abrangente o suficiente para ser citada em todas as áreas do conhecimento jurídico, justamente por estar no topo da pirâmide normativa, ao mesmo tempo em que é a base de sustentação de inúmeros direitos fundamentais.

A dignidade, na definição de Luiz Antônio Rizzatto Nunes, “é o fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”²³³.

A dignidade humana não tem equivalente e está acima de todas as outras coisas que possuem preço²³⁴. É irrenunciável e inalienável, e constitui elemento que qualifica o ser humano como tal, e dele não pode ser destacado²³⁵.

A noção moderna elementar da dignidade da pessoa humana, conforme refere Ingo Sarlet, ainda continua centrada no pensamento kantiano, “portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)”²³⁶.

Na concepção kantiana, a dignidade humana é um “princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si, e jamais meramente como um meio que

²³¹ Art. 1º. A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.

²³² BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 273.

²³³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. *in* Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana. Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva (coordenadores). 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 427.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34.

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. Cit., p. 42.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. Cit., p. 46.

visa a um fim distinto e externo a ele mesmo”²³⁷.

Ademais, o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana também é preenchido por um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que capacita o indivíduo a se autodeterminar e formatar sua existência e o meio que o circunda²³⁸.

A garantia de uma renda mensal, portanto, para suprir as necessidades materiais dos seres humanos, não é o bastante para se concluir que a dignidade está sendo preservada, pois outras necessidades (imateriais) também integram o conteúdo jurídico da dignidade humana.

E quem deve garantir a dignidade do ser humano, segundo Ingo Sarlet, é o Estado e a comunidade em geral. Ao poder estatal é imposta a tarefa de guiar as ações dos seres humanos, “especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade”. Também se reclama responsabilidade da comunidade, pois o indivíduo nem sempre conseguirá “realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas”²³⁹.

Dar à definição da dignidade da pessoa humana uma maior carga objetiva pode implicar num indevido reducionismo de seu alcance e abrangência. Então, seu significado pode ser melhor compreendido por uma análise dimensional.

A dignidade humana pode ser percebida em três dimensões que a definem: (i) intrínseca do ser humano; (ii) aberta e credora de prestações; (iii) expressão de reconhecimento recíproco²⁴⁰.

A primeira dimensão conduz conclusão à vedação da pena de morte, limitação às práticas médicas e biológicas, proibição de tortura, maus tratos, penas desumanas e infamantes, do trabalho forçado e do tráfico de pessoas²⁴¹.

A segunda dimensão se relaciona com as exigências mínimas para existência condigna, além da proteção de pessoas em situações especiais de risco e de carência²⁴².

A presunção da inocência e da ressocialização em matéria penal, dentre outras afirmações de caráter intersubjetivo são citadas na terceira dimensão²⁴³.

Luís Roberto Barroso também identifica o conteúdo mínimo da dignidade humana em três perspectivas: (i) valor intrínseco de todos os seres humanos; (ii) autonomia de cada

²³⁷ KANT, Immanuel. A metafísica dos Costumes. 2ª ed. Tradução: Edson Bini. Título original: *Die Metaphysik der Sitten*. Bauru: Edipro, 2008, p. 29.

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 45/46.

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit., p. 48.

²⁴⁰ VILAÇA, José Luis da Cruz. Carta dos Direitos fundamentais da União Europeia Comentada. Alessandra Silveira e Mariana Canotinho (coord.). Coimbra: Almedina, 2013, p. 35.

²⁴¹ VILAÇA, José Luis da Cruz. Ob. cit. p. 35.

²⁴² VILAÇA, José Luis da Cruz. Ob. cit. p. 35.

²⁴³ VILAÇA, José Luis da Cruz. Ob. cit. p. 35.

indivíduo; (iii) limitação dessa autonomia por restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)²⁴⁴.

Na filosofia, o *valor intrínseco* é o elemento ontológico da dignidade relacionado à natureza do ser humano. Nessa perspectiva, possui duplo caráter: (a) antiutilitarista e (b) antiautoritário²⁴⁵.

Quanto ao primeiro (antiutilitarista), o ser humano deve ser concebido como um fim em si mesmo, jamais como meio para realização de metas coletivas ou projetos sociais de outros. O segundo (antiautoritário) é baseado na ideia de que o estado existe para o indivíduo, e não o contrário²⁴⁶.

A *autonomia*, segunda perspectiva mencionada por Barroso, diz respeito ao elemento ético da dignidade e envolve “a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade”²⁴⁷.

A autonomia individual somente é possível ao se garantir o mínimo existencial, que é a satisfação das necessidades indispensáveis do indivíduo à sua existência física e psíquica²⁴⁸.

E por fim, o valor comunitário tem a função de limitar a autonomia individual, com o objetivo de proteger (i) direitos de terceiro; (ii) o indivíduo contra si próprio; e (iii) os valores sociais²⁴⁹.

A combinação dessas três perspectivas da dignidade do ser humano, citadas por Barroso, conduz à conclusão (sem medo de lhe ser contraditória): como um ser social, para adquirir autonomia, o indivíduo necessita exercer uma função social (ter uma utilidade).

A característica antiutilitarista preserva o indivíduo da imposição social ou institucional para que ele exerça uma função social, com objetivo de perseguir metas coletivas ou projetos sociais. Não é isto que se defende!

A autonomia do indivíduo não pode significar isolamento, mas sim, independência social, no que diz respeito às suas decisões, que é instrumento de autoafirmação. Essa autonomia é reconhecida pela valorização do indivíduo no contexto social. A valorização decorre do exercício de algo útil, pelo indivíduo, no meio social.

A utilidade, portanto, não pode ser imposta pelo estado ao indivíduo, pena de autoritarismo. Essa utilidade é endógena, cresce no interior do ser humano como necessidade

²⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 274.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 274.

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 274.

²⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 275.

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 275.

²⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 275.

conquista da autonomia e desenvolvimento da personalidade.

Não é o estado que exige do Indivíduo uma função social, que exerça um papel utilitarista; é o Indivíduo que deve exigir do estado que lhe assegure a oportunidade de revelar seu valor social, exercendo atividade útil que lhe permita conquistar autonomia e desenvolver as habilidades formadoras de sua personalidade.

A funcionalidade e a incapacidade, portanto, podem ser analisadas por uma perspectiva individual, psíquica, que justifica uma abordagem sobre a concepção do ser humano.

3.2 A necessidade de uma concepção sobre o ser humano

Na cultura ocidental, é comum compreender o ser humano, na linguagem vulgar, pelo aspecto material (ou falta dele), pelo que aparenta, ao invés de conhecê-lo pelas virtudes (ou falta delas) que revelam sua verdadeira essência.

Esse modo de vida (em que se privilegia o material, a propriedade e o consumo) não satisfaz as necessidades de reconhecimento e valorização do ser humano, proporcionando uma crise na cultura ocidental que traz à tona uma relevante questão que diz respeito ao próprio sentido da existência²⁵⁰.

A concepção do ser humano é questão de alta indagação filosófica, que pode ser ao mesmo tempo banal (cada indivíduo apresenta sua percepção própria) ou até, algo insuscetível de conhecimento.

Erich Fromm refere que a experiência humana, a princípio, não é definível. A *persona*, identificada como uma coisa, com a qual nos apresentamos, pode ser definida, mas o ser humano, em si, não é definível²⁵¹.

Na realidade, o ser humano vivo não pode ser definido de modo algum. É certo que podemos dizer muito acerca de nós, de nosso caráter, de nossa orientação geral na vida. Esse conhecimento intuitivo pode ir muito longe na compreensão e definição da minha estrutura psicológica bem como de outra pessoa. Mas o eu total, toda a individualidade, a singularidade e a peculiaridade, tal como as impressões digitais, jamais podem ser plenamente compreendidas, nem

²⁵⁰ CORTELLA, Mario Sérgio. Qual é a tua obra?: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 21ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 64.

²⁵¹ FROMM, Erich. Ter ou ser? Tradução: Nathanael c. Caixeiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014. Tradução de: To have or to be? p. 96.

mesmo por empatia, porque não há dois seres humanos totalmente idênticos²⁵².

A controvérsia sobre a definição do ser humano não impede a abordagem sobre a sua concepção, que pode ser perspectivada pelo conhecimento psicológico, antropológico, filosófico e sociológico.

Ainda que não tenha oferecido (ou até negado a possibilidade) da definição de “ser”, Erich Fromm refere que a liberdade, a independência e a presença de razão crítica são requisitos do ser. Também refere que a atividade íntima, de emprego criativo do poder humano, é sua característica fundamental:

Sua característica fundamental é a de ser ativo, não no sentido de atividade externa, de estar atarefado, mas no sentido de atividade íntima, de emprego criativo dos poderes humanos. Ser ativo significa manifestar as faculdades e talentos no acervo de dotes humanos de que todo ser humano é dotado, embora em graus variáveis²⁵³.

Nessa linha de pensamento, é possível partir do pressuposto que a essência do ser humano está relacionada com as atividades que realiza, ou melhor, pelas interações, consigo mesmo, com seus pares, e com o meio social no qual está inserido.

Trata-se, portanto, de uma perspectiva tridimensional da concepção do ser humano (biológico, psicológico e social); cada uma dessas dimensões reage e interage simultaneamente²⁵⁴.

Numa perspectiva biológica, a constituição humana é composta por uma massa de células que dão forma física e orgânica à entidade individual, comandada por uma consciência racional.

Ao partir dessa premissa, é possível mencionar que a incapacidade e a funcionalidade são avaliadas organicamente, pelo aspecto corporal, motor, físico, intelectual, pela higidez mental, através de análises científicas demonstradas por exames de saúde e manejadas por profissionais capacitados.

Essa análise científica sobre a funcionalidade do organismo apenas detecta as limitações humanas, e com base nisso, a incapacidade é presumida em face do contexto social no qual o indivíduo está inserido.

²⁵² FROMM, Erich. Ob. cit, p. 96.

²⁵³ FROMM, Erich. Ob. cit, p. 97.

²⁵⁴ LIMONGI-FRANÇA, Ana Cristina. Qualidade de vida no trabalho – QVT: conceitos e práticas nas empresas da sociedade pós-industrial. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 28.

A incapacidade não é comprovada ou comprovável cientificamente; apenas o são suas limitações físicas, orgânicas, que afetam a funcionalidade do ser humano. A incapacidade, portanto, é sempre presumida, pelo cotejo entre as limitações funcionais verificadas e contexto (ambiente) social no qual o indivíduo está inserido, que resultam na conclusão pela falta de independência e autonomia do ser humano para preservar sua dignidade.

Na conjuntura atual, quando se reconhece a incapacidade total e permanente de um ser humano, a concessão de um benefício material (por exemplo, aposentadoria por invalidez) se torna apenas uma compensação material (financeira) em razão da verificada limitação funcional, que implicou na presunção de dependência e perda da autonomia desse mesmo indivíduo.

É nessa presunção de incapacidade se introduz o elemento filosófico sobre a concepção do ser humano, justamente porque a dignidade do ser humano, mais do que uma compensação financeira (benefício material) está relacionada diretamente com a existência do ser humano.

Além do recurso material para sua subsistência, o ser humano precisa existir para ter dignidade. E a sua existência depende de (re)inserção e manutenção no ambiente social, pois os seres humanos são livres em suas decisões, mas dependentes entre si em sua própria existência.

A convivência entre seres humanos é pressuposto da existência, já que a humanidade é compartilhada. O ser humano só é humano com outros humanos, afinal, ser humano é ser junto²⁵⁵.

A garantia da dignidade, portanto, não é limitada aos recursos materiais, os quais, diga-se, são essenciais para a sobrevivência. No entanto, além de sobreviver, o ser humano precisa viver, ou melhor, conviver.

Assim, resta indagar que dignidade resta àquele ser humano, cujas limitações funcionais são acentuadas a tal ponto de não se permitir que ele realize qualquer atividade que possa ser valorizada.

É certo que o mínimo existencial, que integra a definição de dignidade humana, é adquirida mediante compensação financeira, recursos materiais. Todavia, a dignidade do ser humano não se satisfaz com valor material, uma vez que depende da (re)inclusão social, vale dizer, por meio da inserção social onde as qualidades do ser humano ainda podem ser

²⁵⁵ CORTELLA, Mario Sérgio. Qual é a tua obra?: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 21ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 117.

valorizadas.

A atual definição sobre a incapacidade laboral do ser humano resulta de uma presunção, e não de informação técnica.

A informação técnica, científica, está relacionada à funcionalidade corporal, ou melhor, à limitação da capacidade do ser humano realizar determinadas atividades.

No cotejo entre essas informações técnicas (que dizem respeito à funcionalidade, ou limitações da capacidade laboral) e as circunstâncias pessoais e sociais do ser humano (como qualificação e oportunidades oferecidas no mercado de trabalho) decorre uma conclusão (presuntiva) sobre a probabilidade deste ser humano adquirir sustento (renda) de forma independente.

É necessário esclarecer e compreender que não há qualquer intenção em propor a extinção de benefícios por invalidez, ou ainda, exigir o completo esgotamento (pelo trabalho) daquele reconhecidamente incapaz.

A questão que surge diz respeito à presunção sobre a incapacidade laboral, e nesse ponto mais específico, sobre a forma como será preservada a dignidade do ser humano, que não pode ser limitada apenas à compensação financeira, havendo necessidade da (re)inserção social.

E a incessante busca pela manutenção da dignidade, através da (re)inserção social pode implicar numa atribuição valorativa (financeira, material) das qualidades que ainda podem ser mantidas preservadas de um ser humano, inobstante o grau de limitação da sua funcionalidade.

Assim, é necessário identificar o ser humano, e em que medida a atividade laboral interfere na sua definição.

3.3. A identificação do ser humano

A definição de (in)capacidade para o trabalho depende da conceituação a respeito do indivíduo. É necessário, antes, esclarecer o que se entende por indivíduo para, então, demarcar seus limites, e essencialmente, suas aptidões.

A definição do ser humano é tão complexa que poderia ser tema de outro trabalho. No entanto, não há como se desenvolver a compreensão sobre a (in)capacidade para o trabalho

sem ao menos pincelar algumas linhas sobre a concepção do ser como entidade individual.

Inúmeras são as correntes filosóficas que se lançaram ao desafio de compreender, entender e identificar o indivíduo. Até mesmo no pensamento marxista, pelo qual o interesse social se identifica com o interesse do indivíduo, se preserva a existência do indivíduo no sentido do seu ser²⁵⁶.

Adam Schaff, na sua obra “O marxismo e o indivíduo”, refere que as propriedades constitutivas do indivíduo nascem da relação biológica e da relação social. Logo, o ser humano é resultado da evolução biológica das espécies, é um produto histórico, “membro de uma determinada classe e com um lugar determinado na divisão de trabalho, sociedade, cultura, etc.”²⁵⁷.

Independente do modelo econômico que domina o mundo, Ernst Cassirer refere que as experiências individuais são tão variadas, complexas e contraditórias que se torna difícil desemaranhá-las. E por isso, sustenta que o ser humano pode não ser estudado apenas pela perspectiva individual, mas também, pelas suas dimensões política e social²⁵⁸.

As diversas teorias que se lançam ao desafio de apresentar uma definição sobre o ser humano podem conter pontos convergentes entre si, ou ainda, uma mesma teoria pode se ramificar e apresentar pontos completamente antagônicos. É como o caso, por exemplo, do existencialismo ateu (Heidegger) e cristão (Kierkegaard).

Daí resulta a justificativa da possibilidade de serem encontrados, nesse trabalho, elementos do existencialismo, humanismo ou racionalismo.

A compreensão filosófica do ser humano está intimamente ligada à definição da incapacidade laboral, justamente para identificar qual é o propósito da vida daquele que se presume incapaz para exercer alguma atividade laboral.

Em razão disso, surge a necessidade de investigar a importância do trabalho (valor social) na definição do ser humano.

A capacidade de agir e pensar decorre da compreensão, entendimento, identificação e concepção do ser humano.

É necessário identificar o ser humano, explorar seus limites e sua funcionalidade, pois através desse conhecimento é que se pode emitir um juízo de valor (presuntivo) sobre sua

²⁵⁶ SCHAFF, Adam. O marxismo e o indivíduo. Tradução: Heidrun Mendes da Silva. Título original: *Marxizm a jednostka ludzka*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização brasileira. 1967, p. 58.

²⁵⁷ SCHAFF, Adam. Ob. cit., p. 65.

²⁵⁸ CASSIRER, Ernst. Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana. Tradução: Tomás Rosa Bueno. Título original: *An essay on man – an introduction to a philosophy of human culture*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 107.

incapacidade laboral.

Numa abordagem antropológica, é possível mencionar que a compreensão do ser humano está relacionada com suas construções ao longo de sua existência, resultado do seu trabalho e sua capacidade de agir. É assim que José Manuel de Sacadura Rocha entende a relação do ser humano com o trabalho, definindo-a como inferno e paraíso, que resulta na construção do próprio ser:

A construção do homem pode ser resumida em **Trabalho**. O trabalho é para o homem seu 'inferno e seu 'paraíso'. Mesmo nas teorias 'criacionistas' – a criação divina –, o trabalho aparece como fundamento de sua ontologia – a construção do seu ser. Pelo trabalho os hominídeos, ancestrais dos humanos, se transformaram ao longo de milhões de anos e puderam produzir a humanidade tal como a conhecemos em nossos dias – teoria evolucionista. Desde os estudos de Charles Darwin, no século XIX, até hoje, a antropologia e as demais ciências parecem confirmar essa evolução a partir de circunstâncias de necessidade de sobrevivência material e adaptação à natureza²⁵⁹(grifado no original).

A relação do ser humano com o trabalho pode ser percebida no cotidiano. No dia-a-dia é comum identificar e ser identificado pela profissão que se exerce, quando um ser humano é apresentado ao outro.

Ernst Cassirer refere que a definição do ser humano não resulta de um princípio metafísico ou de observação empírica. A sua característica destacada é o trabalho.

É este trabalho, o sistema de atividades humanas, que define e determina o círculo da “humanidade”. Linguagem, mito, religião, arte, ciência e história são os constituintes, os vários setores deste círculo. Uma “filosofia do homem” seria portanto uma filosofia que nos proporcionasse uma compreensão da estrutura fundamental de cada uma dessas atividades humanas, e que ao mesmo tempo nos permitisse entendê-las como um todo orgânico²⁶⁰.

A essência da humanidade, como a linguagem, o mito e a religião, portanto, estão unidas por um vínculo *funcional*, e não substancial, fruto de uma criação isolada ou aleatória²⁶¹.

A partir dessa permissão, faz-se necessário aprofundar um pouco mais a relação entre trabalho e o ser humano.

²⁵⁹ ROCHA, José Manuel de Sacadura. Antropologia Jurídica: para uma filosofia antropológica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 31.

²⁶⁰ CASSIRER, Ernst. Ob. cit. p. 115.

²⁶¹ CASSIRER, Ernst. Ob. cit. p. 115.

3.3.1 A adaptabilidade do meio ambiente e o determinismo

Na perspectiva racionalista, o ser humano é o ser cuja essência ou natureza consiste em pensar. Essa concepção implica em três consequências: (i) supremacia da razão sobre a afetividade (sentimentos, emoções e paixões devem ser submetidos às exigências da razão; (ii) dualismo (divisão do ser humano por um conflito fundamental entre razão e afetividade; e (iii) superioridade do homem sobre o animal²⁶².

Em relação a essa última consequência, Leclerc e Pucella referem que “ser humano não se limita a apreender e a sofrer a realidade: ele pode adquirir um conhecimento que lhe permite transformar a realidade pela técnica. Ele pode imaginar e acionar novas formas de adaptação ao seu ambiente e novas formas de vida social; ele pode assumir o seu próprio desenvolvimento histórico”²⁶³.

Logo, o sofrimento resultante de limitações funcionais que implicavam presunção de incapacidade pode ser o impulso necessário para o ser humano transformar essa realidade e adaptar seu ambiente social.

Considerando que a razão é inerente à cada ser humano, nem toda a adaptação social é resultado ou proporcionada por um terceiro.

Assim, o que se pretende dizer é que cada ser humano possui a potencialidade de transformar sua própria realidade, muito embora se reconheça que, em alguns casos, a adaptação social depende de soluções complexas e de esforços conjuntos.

A realidade que antes implicava limitação de determinadas funcionalidades pode ser vencida justamente porque a incapacidade não está relacionada ao ser humano, mas ao mundo no qual ele está inserido, o qual está em constante transformação, pois cada ser humano é um potencial agente transformador do seu ambiente, movido por necessidades e interesses.

Essa transformação pode resultar na criação e aprimoramento de próteses e órteses para permitir ou facilitar a realização de atividades corporais, e com isso, tornar o mundo mais acessível aos desiguais. Logo, o ambiente social que antes era nocivo ou restritivo se torna adaptável, permitindo que o ser humano conquiste sua autonomia social.

Nessa linha de pensamento, a presunção de incapacidade está em constante

²⁶² LECLERC, Bruno. PUCELLA, Salvatore. As concepções do ser humano: teorias e problemáticas. Tradução: Rui Lopo. Título original: *Les conceptions de l'être humain*. Lisboa: Instituto Piaget, p. 60.

²⁶³ LECLERC, Bruno. PUCELLA, Salvatore, ob. cit. p. 52.

mutação em razão da contínua transformação da realidade, que de forma incessante e desejável, é adaptada às novas e contínuas necessidades humanas.

Além da potencialidade de adaptar sua realidade, o ser humano se utiliza da razão para atingir seu pleno desenvolvimento, possui a capacidade de moldar sua própria existência, vale dizer, é autodeterminável no sentido de favorecer sua realização²⁶⁴.

Assim, enquanto ser racional, o ser humano procura realizar-se, através do seu desenvolvimento pleno como condição de existência. A razão, portanto, longe de tornar o ser estático, permite que ele adquira conhecimento para promover o crescimento da sua capacidade de agir²⁶⁵.

A legislação brasileira admite a aposentadoria voluntária, por idade, do homem com 65 anos e da mulher com 60 anos, e assim o faz presumindo que tais pessoas já contribuíram o bastante para o meio social e se dedicaram o suficiente com suas forças laborais.

Essa presunção que afeta a aposentadoria voluntária pode resultar de duas questões: a) ao completar determinada idade, o idoso não terá capacidade física e mental necessárias para manter o nível de competitividade e produtividade imposto pelo mercado de trabalho; b) o menor tempo de vida que resta ao idoso deve ser dedicado por ele às atividades diversas da laboral.

No entanto, em 2002, foi realizado, em Madrid, a Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o envelhecimento, da qual resultou a elaboração do plano de ação internacional para o envelhecimento.

Através do referido plano, a ONU reconhece que a qualidade de vida do idoso está relacionada à oportunidade dele em ter uma participação ativa na sociedade. E dentre as várias recomendações aos países membros, destaca-se a seguinte:

k) promover novas disposições trabalhistas e práticas inovadoras nos locais de trabalho com vista a manter a capacidade de trabalho levando em conta as necessidades dos trabalhadores à medida que vão envelhecendo, entre outras coisas, criando programas de assistência aos empregados;²⁶⁶

Ao reconhecer a importância da participação ativa na vida do idoso, a ONU reconhece que o desempenho de uma atividade laboral pode integrar a qualidade de vida do ser humano, inclusive reconhecendo a contínua necessidade de adaptação do ambiente para

²⁶⁴ LECLERC, Bruno. PUCELLA, Salvatore, ob. cit. p. 52.

²⁶⁵ LECLERC, Bruno. PUCELLA, Salvatore, ob. cit. p. 77.

²⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Plano de ação internacional contra o envelhecimento, 2002/Organização das Nações Unidas; tradução de Arlene Santos. — Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. (Série Institucional em Direitos Humanos; v. 1). Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/programas/plano-de-acao-internacional-para-o-envelhecimento>, acessado em 21.04.2015.

manter a capacidade laboral, de acordo com o fator de envelhecimento.

Além de uma renda adicional à aposentadoria, a participação ativa do idoso está relacionada diretamente a sua qualidade de vida, ao valorizar qualidades que ainda lhe restam a oferecer.

3.3.2 A identificação do indivíduo numa perspectiva existencial

A doutrina filosófica que centra sua reflexão sobre a existência humana, considerada em seu aspecto particular, individual e concreto, é conhecida por existencialismo²⁶⁷.

A filosofia da existência foi construída ao longo dos anos como reação à doutrina da razão, que na visão dos existencialistas, não conseguiu responder as questões relacionadas à compreensão de nossas vidas.

A visão racionalista se esforçou para estabelecer instituições que deveriam garantir ao indivíduo a segurança, igualdade e proteção dos seus direitos, mas negligenciou o pensamento sobre a existência concreta do ser humano²⁶⁸.

Assim, o existencialismo é apresentado como pensamento que centra sua reflexão sobre a existência humana na dimensão concreta e individual, priorizando o sentido que cada indivíduo atribui à sua vida, à sua existência²⁶⁹.

É por essa perspectiva que o pensamento existencial interessa a este estudo, pois a incapacidade para o trabalho pode [também] estar relacionada com o sentido que o ser humano atribuiu à sua vida, quando reconhece suas limitações funcionais.

A definição de incapacidade não pode ser analisada apenas pela perspectiva biológica. É necessário, também, investigar os aspectos psicossociais.

As oportunidades oferecidas pelo ambiente social podem influenciar a definição da incapacidade laboral, assim como a constituição psíquica do ser humano, que igualmente precisa ser investigada para verificar a essência e o sentido da existência do ser humano de acordo com sua capacidade latente.

A doutrina existencial foi influenciada por diversos pensamentos ao longo de décadas. Aqui se pretende apenas manter o foco na concepção do ser humano e sua implicação

²⁶⁷ PENHA, João da. O que é existencialismo. 11ª ed. São Paulo: ed. Brasiliense, 1992, p. 11.

²⁶⁸ LECLERC, Bruno. PUCELLA, Salvatore, ob. cit., p. 353.

²⁶⁹ LECLERC, Bruno. PUCELLA, Salvatore, ob. cit., p. 352.

na compreensão da (in)capacidade para o trabalho, de acordo com uma perspectiva filosófica de vida.

Nesse viés, a liberdade de escolha é o princípio central do pensamento existencial. As escolhas a respeito de quem o ser humano foi, é, ou que ainda será, ainda que resultem incertezas a respeito da realização desta escolha²⁷⁰.

As escolhas são exercidas livres de influências externas, pois o sentimento de existência é encontrado no isolamento e na solidão²⁷¹. No entanto, de forma alguma a doutrina existencial exclui as relações sociais. A solidão e o isolamento dizem respeito às escolhas, e não aos seres humanos.

A existência não está relacionada apenas ao estar presente no real, envolta de objetos materiais e seres vivos. Ao contrário, existir significa emergir da massa das coisas por uma decisão livre. É atualizar-se enquanto indivíduo, é se tornar presente enquanto sujeito livre²⁷².

Nesse aspecto, o processo de aptidão para o trabalho deve partir, primeiro, por um reconhecimento interno de uma escolha livre. Não se trata, obviamente, de contrariar recomendações médicas, quando a antecipação da morte, em vida, já foi constatada.

Não se pretende incentivar escolhas prejudiciais à existência do ser humano, exigindo que ele faça algo cujos esforços podem atentar contra sua própria dignidade.

No entanto, para compor o conceito de incapacidade laboral, é necessário que, antes, se investigue o sentido da existência daquele ser humano que mesmo limitado em suas capacidades encontra [ou pode encontrar] sua essência na valorização social de suas habilidades.

Na base do pensamento existencialista está a rejeição de qualquer expectativa prévia acerca do modo como o ser humano ou a sociedade devem viver. Assim, os seres humanos são capazes, através de liberdade pessoal, de criar-se ou definir-se da forma como querem²⁷³.

A liberdade de escolha permite que o ser humano exista da maneira como ele quer ser, sem amarras de conceitos pré-estabelecidos. E isso é assim, pois o ser humano possui a capacidade para controlar sua própria vida e mudar suas ideias, governando a forma como

²⁷⁰ HUISMANN, Denis. História do existencialismo. Tradução: Maria Leonor Loureiro. Título original: *Histoire de L'existentialisme*. Bauru: EDUSC, 2001. p. 66.

²⁷¹ HUISMANN, Denis. Ob. cit. p. 69.

²⁷² LECLERC, Bruno. PUCELLA, Salvatore. Ob. cit. p. 357.

²⁷³ PAYNE, Malcolm, ob. cit. p. 262.

vive²⁷⁴.

A distinção fundamental entre os seres humanos e as coisas, é que “nós, humanos, inventamos nossa essência escolhendo ser o que queremos ser”²⁷⁵. A incapacidade laboral, ou a invalidez, não são escolhas, apenas presunções.

Ninguém escolhe ser incapaz de fazer algo. No entanto, quando as limitações do ser humano forem constatadas, com lesões consolidadas e os limites do agir e fazer forem conhecidos, as escolhas que restam ao ser humano irão defini-lo.

Não obstante essa capacidade de se criar e definir, o comportamento do ser humano é etiquetado pelo ambiente social em relação ao qual se sente dependente. Assim, “começamos a aceitar as limitações das expectativas sociais que se aplicam ao que nós fazemos e ao que nós somos”²⁷⁶. Ainda que de forma inconsciente, o ser humano é aparentemente definido pela forma como a sociedade pretende que ele se identifique: através do trabalho.

Ser algo é exercer algum ofício, qualquer ofício (ou que já tenha exercido); e através do exercício do trabalho, a identificação pessoal é forjada.

A partir da infância a criança é sugestionada a sonhar com aquilo que irá se tornar com a clássica pergunta "o que quer ser quando crescer?".

Esta visão social impõe ao ser humano querer ser uma coisa, não uma cadeira ou mesa, "mas uma coisa comportamentalmente humana, como dissolver a nossa identidade na nossa profissão ou a nossa nacionalidade, ou reputação num campo de golfe"²⁷⁷.

A coisificação se consolida quando o ser imagina que sua profissão é que define sua essência, e não consegue perceber a possibilidade de se libertar ou transcender aquilo que se tornou.

A liberdade se ilumina mediante a conjunção de dois fatores: a capacidade de aprendizado e a vontade. A capacidade de aprendizado é inerente a qualquer ser humano. E para isso, é necessária determinação [vontade] para fazê-lo.

Assim é para qualquer um, como vendedor, professor ou operário. É necessário liberdade de escolha e determinação para qualquer deles apreender um novo ofício, e com isso, se reinventar livremente.

²⁷⁴ PAYNE, Malcolm. Teoria do Trabalho Social. Tradução: Felipe Duarte. Título original: *Modern Social Work Theory*. Ed. Quarteto. Coimbra: 2002, p. 243.

²⁷⁵ CATHCART, Thomas. KLEIN, Daniel M.. Heidegger e um hipopótamo chegam às portas do paraíso. Título original: *Heidegger and a Hippo walk through those pearly gates*. Tradução: Isabel Veríssimo. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010, p. 74.

²⁷⁶ PAYNE, Malcolm. Ob. cit. p. 262.

²⁷⁷ CATHCART, Thomas; KLEIN, Daniel M.. Ob. cit., p. 75.

A impossibilidade do ser humano perceber que ainda pode ser útil e valorizado, bastando se reinventar, é o que pode ser chamado de incapacidade apreendida²⁷⁸.

A incapacidade apreendida reflete a percepção do ser humano de que, aquilo que ele faz, não afeta o que lhe acontece. Então, as pessoas formam a expectativa de que, geralmente, suas ações não irão produzir qualquer resultado útil, pois não acreditam que irão executar determinada tarefa ou que essa tarefa não será corretamente executada.

Logo, a capacidade de aprendizagem de um novo comportamento útil é comprometida, pois os seres humanos perdem a motivação, tornam-se ansiosos, deprimidos, pobres de pensamento²⁷⁹.

As pessoas que são socialmente impotentes ao longo de suas vidas carregam um fardo considerável de incapacidade apreendida. A resposta deveria ser, de acordo com Barber (1986), o *enriquecimento ambiental*, dando a essas pessoas a oportunidade de participarem em experiências nas quais elas têm o controle e atingem resultados bem sucedidos²⁸⁰ (destaque no original).

Nesse ponto, é necessário que se esclareça: não se pretende exigir que o ser humano ultrapasse seus limites para ingressar ou se manter no mercado de trabalho.

No entanto, o que se pretende dizer é que o próprio ser humano, ao reconhecer dificuldades para exercer sua atividade atual, ele mesmo se considera incapaz para sua profissão atual e para qualquer outra.

Ao reconhecer suas limitações, o ser humano também deve reconhecer que possui uma capacidade potencial de aprendizagem para, ele mesmo, recriar-se e ser algo diferente daquilo que já foi, libertando-se, portanto, de uma incapacidade pontual e da dependência econômica. Então, forja sua autonomia modificando sua essência laboral.

Todo esse pensamento filosófico a respeito da existência do ser humano tem por objetivo tentar evitar que o ser humano seja seduzido pelo mercado informal, utilizando a aposentadoria por invalidez, quando lhe for reconhecido esse benefício, apenas como meio para complementar sua renda.

Logo, a doutrina existencial possui relação com o reconhecimento da incapacidade laboral, já que essa situação não é definida, mas presumida em razão das limitações impostas ao ser humano.

²⁷⁸ PAYNE, Malcolm. Ob. cit. p. 386.

²⁷⁹ PAYNE, Malcolm. Ob. cit. p. 386.

²⁸⁰ PAYNE, Malcolm. Ob. cit. p. 386.

A presunção de incapacidade laboral não pode ser perspectivada pela visão daquilo que o ser humano foi, mas sim, por alguma livre escolha que ainda lhe resta.

A liberdade de escolha, que marca o pensamento existencial, não faculta a possibilidade de não escolha. É necessário escolher para se tornar a própria obra, pois o ser humano é aquilo que ele se faz²⁸¹.

E quando todos possuem liberdade, há um aparente conflito. Nesse caso, o bem sempre é escolhido, nunca o mal; e nada pode ser bom para o ser humano sem que também não o seja para o outro. A liberdade de um, portanto, é solidária para com a liberdade dos outros²⁸².

É inevitável que, sendo todos os indivíduos por definição livres, as suas liberdades não se conciliem entre si. Ora, Sartre defende que esta realidade conflitual só pode ser parcialmente superada mediante o comprometimento social²⁸³.

O conflito de liberdades é superado em razão de um comprometimento social, justamente por que o outro é indispensável à existência do ser humano.

Assim, o ser humano, para existir, precisa ser livre em suas escolhas, as quais sempre são voltadas para o bem. Considerando que todos são livres, há uma liberdade solidária e um aparente conflito. Esse conflito é resolvido em favor de um comprometimento social, já que o outro é indispensável para a vida social.

Nesse contexto, a liberdade impõe ao ser humano uma obrigação de dever para consigo mesmo. É necessário que ele tenha uma conduta, um comportamento, um compromisso consigo mesmo para se autodesenvolver, realizar seu próprio projeto, independente de qual ele seja.

Na expressão de Kant, existe um dever do ser humano para consigo mesmo que o impele a seguir adiante, desenvolver suas capacidades, e de não permanecer ocioso.

Um ser humano tem o dever para consigo mesmo de cultivar (cultura) seus poderes naturais (poderes de espírito, da alma e do corpo) como meios para todos os tipos de fins possíveis. O ser humano deve a si mesmo (como um ser humano) não deixar ocioso e, por assim dizer, enferrujando as predisposições e

²⁸¹ HUISMAN, Denis. Ob. cit. p. 128.

²⁸² LECLERC, Bruno. PUCELLA, Salvatore. Ob. cit. p. 410.

²⁸³ LECLERC, Bruno. PUCELLA, Salvatore. Ob. cit. p. 412.

faculdades naturais que sua razão pode algum dia usar²⁸⁴.

A possibilidade do ser humano exercer livremente suas escolhas, e recriar-se, está agregada à existência digna, justamente pelo valor social que é atribuído ao trabalho.

3.4 O valor social do trabalho

No momento atual, dominado por forças econômicas, é necessário estar atento ao discurso sobre o valor social atribuído ao trabalho, para que não seja compreendido como instrumento de manipulação de interesses da exploração da mão de obra em favor do capital.

Apenas há sentido em atribuir valor social ao trabalho quando ele é exercido em condições dignas, cuja valorização do ser humano implique sua inserção no meio social.

Nessa perspectiva, o trabalho não centraliza o ser humano como um instrumento de utilidade que move a engrenagem do sistema econômico; ao contrário, o trabalho se torna uma ferramenta que proporciona satisfação e realização do ser.

Todo trabalho realizado em condições dignas é capaz de colocar o ser humano na ordem dos fins, valorizando-o. Por meio dele, o homem revela-se criador e também espírito, eis que se reconhece permanentemente na atividade de trabalho, além de compreender a sua necessidade social²⁸⁵.

Tudo aquilo que construímos e conhecemos é fruto do contínuo e sucessivo trabalho, fonte da grandeza do ser humano. Ainda que boa parte dessa grandeza seja creditada ao trabalho escravo e ocupações precárias, resta uma parcela significativa na humanidade que construiu sua história com o orgulho do seu suor.

A identidade individual e seu valor social são construídos pelo trabalho, que permite ao ser humano reconhecer-se em sua utilidade e fazer-se reconhecido, valorizado. No entanto, algumas pessoas carecem desse reconhecimento justamente por não exercerem uma profissão que lhes garanta dignidade, não apenas com uma retribuição monetária, material, mas também

²⁸⁴ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. 2ª ed. Tradução: Edson Bini. Título original: *Die Metaphysik der Sitten*. Bauru: Edipro, 2008, p. 286.

²⁸⁵ DELGADO, Gabriela Neves. Centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. *in* Trabalho e movimentos sociais. Coord. Carlos Augusto Junqueira Henrique; Gabriela Neves Delgado; Marcio Tulio Viana; e Patricia Henrique Ribeiro. Belo Horizonte: DelRey, 2008, p. 54.

com a falta de valorização social²⁸⁶.

Ao lado de uma estrutura de mercado de trabalho legítima, que procura dignificar o ser humano pelo seu esforço, também se desenvolve, paralela e concomitante, o trabalho informal, legalmente desamparado e socialmente marginalizado (flanelinhas, camelôs e ambulantes)²⁸⁷.

Esse mercado paralelo também é incorporado pelo trabalho formal e socialmente ilegal (traficantes e prostitutas), e pelo “*trabalho formal, porém instável*”, caracterizado por contratos de trabalho flexibilizados e mal remunerados como, por exemplo, o dos trabalhadores terceirizados”²⁸⁸ (grifado no original).

É possível perceber, então, a ambiguidade que caracteriza o trabalho: servidão e grandeza, sofrimento e glória, castigo e recompensa; o preço do trabalho é a dignidade de ser homem; trabalhar é merecer a dignidade humana²⁸⁹.

A grandeza do trabalho reside em prestar serviço útil aos outros. O próprio artista encerrado na sua oficina, o estudioso engolfado nas suas meditações, o inventor absorvido nos seus cálculos e experiências, utilizam o trabalho dos outros homens e destinam os seus esforços a obter maior felicidade e riqueza para a humanidade em geral²⁹⁰.

A especialização nas mais diversas funções e a concentração de empreendimentos torna o homem cada vez mais dependente do trabalho do outro. A vida das nações é nutrida pelo trabalho, e deste nascem novos laços de comunidade²⁹¹.

É em razão disto que a defesa do exercício de condições dignas do trabalho é tão importante, especialmente quando se leva em conta que a vida humana está sujeita a imponderáveis riscos e perigos que ameaçam a independência do ser humano e sua própria dignidade.

Nessa encruzilhada há um aparente paradoxo em que o trabalho, ao mesmo tempo em que se torna meio para o ser humano conquistar autonomia e autoafirmação da personalidade, com o exercício de suas habilidades, sofre o contraponto da própria relação empregado/empregador, por meio do qual o trabalhador troca a sua autonomia (vendendo a si

²⁸⁶ DELGADO, Gabriela Neves. Ob. cit. p. 56.

²⁸⁷ DELGADO, Gabriela Neves. Ob. cit. p. 56.

²⁸⁸ DELGADO, Gabriela Neves. Ob. cit. p. 56.

²⁸⁹ RIBEIRO, F. Moreira. ROSEIRA, Mário. Previdência Social. Lisboa: Gráfica Boa Nova, 1955, p. 150.

²⁹⁰ RIBEIRO, F. Moreira. ROSEIRA, Mário. Previdência Social. Lisboa: Gráfica Boa Nova, 1955, p. 152.

²⁹¹ RIBEIRO, F. Moreira. ROSEIRA, Mário. Ob. Cit. P. 152.

mesmo, ou alugando-se) pela sobrevivência²⁹².

O artesão que faz a peça é o seu dono. Mais do que isso, a obra retrata o seu modo de sentir e de pensar; em certa medida, expressa a sua personalidade. Já com o operário, em regra, é diferente: está alienado em relação ao produto que fabrica. O pedreiro que faz o prédio é quase como o tijolo, embora – ao contrário deste – não possa depois continuar ali²⁹³.

Considerando que o trabalho reflete a personalidade e essência do ser humano, as limitações de funcionalidade assumem um ponto vital na existência desse ser humano, a ponto de criar questões paradoxais.

Nos EUA, segundo site de notícias da BBC, um casal de lésbicas surdas de nascimento (Sandra Duchesneau e Candy MacCullough), decidiu ter um bebê surdo, e solicitou aos diversos bancos de sêmen que a fertilização de uma delas fosse realizada com material doado por um homem com deficiência auditiva.

Após a recusa dos bancos de sêmen, a fertilização de uma delas ocorreu com o sêmen de um amigo delas, totalmente surdo, integrante de família cuja surdez já se manifesta há cinco gerações. O referido casal já possui dois filhos, um deles que só consegue se comunicar com o uso de sinais, e o segundo que possui muito pouca audição em apenas um ouvido.

Sandra e Candy fazem parte de um grupo em expansão nos EUA que identifica a surdez como uma identidade cultural, e não como deficiência.

A decisão do casal foi enquadrado, pela crítica dos EUA, como um comportamento antiético ao privar o bebê de uma faculdade natural.

No entanto, o porta-voz da Associação Britânica de Surdez, Stephen Roodney referiu que a questão não é se as pessoas estão tentando criar bebês surdos, mas sim, “como a sociedade hoje nega às crianças surdas os mesmos direitos, responsabilidades, oportunidades e qualidade de vida das outras pessoas”²⁹⁴.

Não se pretende abordar a questão ética ou moral sobre a decisão adotada pelo casal. No entanto, é necessário questionar se, ao reconhecer a incapacidade (aposentadoria por invalidez) de um ser humano cego, não se está realçando sua deficiência (cegueira), ao invés de

²⁹² VIANA, Marcio Tulio. Para entender o salário. São Paulo: LTr, 2014, p. 24.

²⁹³ VIANA, Marcio Tulio. Ob. cit. p. 24/25.

²⁹⁴ Notícia publicada em 08.02.2002, disponível em www.bbc.co.uk/portuguese/ciencia/020408_surdaro.shtml acessado em 10.04.15.

valorizar sua audição, sua voz, e demais sentidos que certamente serão mais apurados do que daquelas pessoas que não possuem esse tipo de deficiência²⁹⁵.

Não fossem as demais qualidades pessoais de sujeitos portadores de alguma característica tal como as descritas acima, nunca teríamos visto os quadros de Goya, de Toulouse-Lautrec, de Van Gogh, nem teríamos o prazer de ouvir a nona sinfonia de Beethoven ou o tenor italiano Andrea Bocelli. Congonhas, tampouco, seria patrimônio da humanidade sem as obras do mestre Aleijadinho. A astrofísica jamais seria a mesma sem a contribuição de Stephen Hawking²⁹⁶.

As personalidades citadas acima, por alguma razão, nasceram (ou desenvolveram durante suas vidas) com um dom que foi aproveitado para compensar as limitações orgânicas, e dessa forma, venceram os obstáculos e conquistaram autonomia e independência social.

É certo que pessoas com esses dons ou habilidades não nascem todos os dias. No entanto, existem inúmeros exemplos de pessoas comuns que superaram a mais remota possibilidade, realizaram o impensável, graças a seu determinismo e oportunidade que lhes foi oferecida. Em outras palavras, elas se recriaram, por uma escolha livre, promovendo a existência do ser.

Exemplo mundialmente conhecido, a “universidade dos pés descalços” (barefoot college), localizada em Tilonia (Rajastão), na Índia, oferece oportunidade para mulheres de todo mundo, socialmente excluídas em sua própria cultura, analfabetas ou com baixíssima qualificação educacional, se tornarem engenheiras²⁹⁷.

Inseridas numa cultura que proíbe ou dificulta a educação feminina, essas engenheiras (que antes eram iletradas), retornaram para seus vilarejos rurais na Jordânia, Quênia, Mali entre outros e, com o fruto de seu trabalho, replicaram o conhecimento adquirido com pessoas que estavam na mesma situação²⁹⁸.

Seja pelo desenvolvimento de um dom, como o de Stephen Hawking, ou pelo determinismo das engenheiras da “universidade de pés descalços”, a liberdade de escolha proporcionou que esses seres humanos, comuns ou superdotados, promovessem a existência do ser, ao não se conformarem com a presunção de incapacidade que pairava sobre suas cabeças.

É nesse ponto que a atuação da sociedade e do estado podem fazer a diferença,

²⁹⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2009, p. 105.

²⁹⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Ob. cit. p. 105.

²⁹⁷ Disponível em www.barefootcollege.org acessado em 10.04.2015.

²⁹⁸ Disponível em www.barefootcollege.org acessado em 10.04.2015.

sendo necessário questionar se o reconhecimento da aposentadoria por invalidez irá ressaltar a deficiência desse ser humano, ao invés de valorizar suas demais qualidades que poderiam ser desenvolvidas e desempenhadas por ele.

É necessário que fique claro: não se está defendendo que todas as aposentadorias por invalidez deveriam ser revogadas e negadas aos portadores de deficiência!

Obviamente, é preciso que a sociedade se torne mais acessível, seja menos deficiente e mais funcional. A sociedade precisa ser menos deficiente para que o deficiente seja mais funcional e capaz de desenvolver sua autonomia e independência.

A referência para a vida em sociedade é o trabalho, que caracteriza o ser humano através do exercício de uma profissão ou ocupação. Daí resulta que o trabalho é o pilar da solidariedade e da interação social²⁹⁹, do comprometimento social.

As lutas e conquistas da humanidade não podem deixá-la refém do assistencialismo de um Estado paternalista. É preciso que o Estado emancipe o indivíduo ao reconhecer o seu direito de viver com os frutos de seu próprio esforço.

Não se entende, assim, que a humanidade lutou avidamente pelo direito de ser alimentada, vestida e alojada por um Estado paternalista, mas pelo direito de viver com os frutos do próprio trabalho, associando a percepção de uma renda ao reconhecimento de sua função social³⁰⁰.

A inclusão social do ser humano através do mercado de trabalho permite recuperar laços comunitários entre vários indivíduos e suas famílias, incentiva sentimentos de protagonismo e pertencimento, e funciona como importante arma no combate a atitudes socialmente disruptivas³⁰¹.

Assim, o que se pretende dizer é que o trabalho não é apenas um instrumento por meio do qual o ser humano adquire seu próprio sustento. É muito mais do que isso! É por meio do trabalho que o ser humano conquista sua própria dignidade e se integra na sociedade.

É por meio do trabalho que o ser humano se realiza, constrói sua existência, pois faz do trabalho sua própria essência. A dignidade é revelada ao ser humano quando suas qualidades funcionais são adequadamente valorizadas. As relações humanas, base do meio social, são construídas pela interdependência entre os seres humanos, através da sinergia entre

²⁹⁹ ARAÚJO, Orlando. Ob. cit. p. 99.

³⁰⁰ ARAÚJO, Orlando. Ob. cit. p. 99.

³⁰¹ BARBOSA, Alexandre de Freitas; POCHMANN, Marcio. Trabalho e exclusão social no Brasil e a experiência de São Paulo. // *Psicanálise, direito e sociedade: encontros possíveis*. Coord. Antônio Cezar Peluso e Eliana Riberti Nazareth. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 222.

necessidades e funcionalidades.

Aliás, o trabalho constitui a base da redenção humana, por meio do qual o condenado pela prática de um crime obtém sua ressocialização.

A Lei de execução penal brasileira prevê, em seu art. 28, que o trabalho é um “dever social e condição de dignidade humana”.

Samara Eller Rios refere que por meio do trabalho o preso descobre seus próprios valores, melhora sua auto-imagem. Através do trabalho o preso descobre sua identidade social, se valoriza como ser humano e mantém sua dignidade. Além disso, o trabalho prepara o condenado “para a vida futura, como cidadão útil que pode colaborar com a sociedade da qual foi retirado”³⁰².

Ademais, cada vez mais, a prestação de serviço à comunidade vem sucedendo à pena privativa de liberdade, como alternativa para o condenado expiar sua dívida social.

Todo trabalho realizado em condições dignas, nas palavras de Gabriela Neves Delgado, valoriza o ser humano e lhe permite a inclusão social. Por meio do trabalho o ser humano “revela-se criador e também espírito, eis que se reconhece permanentemente na atividade de trabalho, além de compreender a sua necessidade social”³⁰³.

Felice Bataglia, citada por Gabriela Neves, refere que o trabalho é, instrumento de construção e afirmação do ser humano, ao mesmo tempo em que constitui dever e direito fundamental, ambos juridicamente exigíveis do Estado³⁰⁴.

A subjetividade do trabalho é inserida no ato de produção e prestação de serviço. Logo, o ser humano não produz para “sua subsistência, como os animais, mas universalmente, livre de carências físicas, atento a questões estéticas e como forma de realização pessoal”³⁰⁵.

A identidade do ser humano é construída pelo trabalho, por meio do qual ele (ser humano) reconhece sua utilidade e é reconhecido, conforme explicado por Fabricio Maciel, citado por Gabriela Neves:

Conforme explica Fabrício Maciel, o reconhecimento do valor individual de cada pessoa está intimamente relacionado à identidade construída pelo trabalho,

³⁰² RIOS, Sâmara Eller. Trabalho prisional: instrumento efetivo na ressocialização do condenado. //n Trabalho e movimentos sociais. Coord. Carlos Augusto Junqueira Henrique; Gabriela Neves Delgado, Marcio Tulio Viana e Patrícia Henriques Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 289.

³⁰³ DELGADO, Gabriela Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. //n Trabalho e movimentos sociais. Coord. Carlos Augusto Junqueira Henrique; Gabriela Neves Delgado, Marcio Tulio Viana e Patrícia Henriques Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 54.

³⁰⁴ DELGADO, Gabriela Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. //n Trabalho e movimentos sociais. Coord. Carlos Augusto Junqueira Henrique; Gabriela Neves Delgado, Marcio Tulio Viana e Patrícia Henriques Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 55.

³⁰⁵ CARDOSO, Fernanda de Lazari. FONTES, Roberta Brangioni. MASCARENHAS, Leonardo Baldino; VARELLA, Renata Versiani Scott. As possibilidades da economia solidária enquanto um espaço em construção: re-significando o trabalho para re-significar a vida. Coord. Flávio Henrique Unes Pereira e Maria Tereza Fonseca Dias. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 136.

ou seja, o trabalho permite ao homem reconhecer-se em sua utilidade e fazer-se reconhecido. Em contrapartida, “(...) aqueles que não possuem uma profissão intersubjetivamente classificada como digna carecem de tal respeito, que é fundamental para a auto-estima e segurança ontológica”³⁰⁶.

A maneira como o ser humano e a sociedade se realizam, através do trabalho, pode estar relacionada com a cultura que floresceu no Ocidente.

Michel Maffesoli refere que o Ocidente marginalizou a vida contemplativa ao privilegiar a vida ativa, com ênfase na produção, na construção e no ativismo, “numa palavra, o trabalho como realização do indivíduo e realização da sociedade”³⁰⁷.

Diante de tais argumentos, é possível concluir que a dignidade do ser humano, melhor dizendo, sua própria existência, está imbricada com o exercício de uma atividade laboral, exercida em condições dignas.

A presunção da incapacidade laboral reflete na concepção existencial do ser humano, já que o trabalho proporciona os reconhecimentos social e individual necessários para elevá-lo à sua maior dimensão.

Nesse caso, é necessário questionar se presunção de incapacidade laboral, em determinados casos, ao invés de valorizar e promover a dignidade do ser humano (na sua concepção existencial), mediante exercício de trabalho digno, não irá acentuar suas deficiências e limitações.

No entanto, nessa equação a respeito da compreensão sobre a incapacidade laboral, deve ser adicionada a variável do mercado de trabalho, pois é o sistema econômico que influencia a produção de riqueza e consumo.

3.5 Ambiente social: perspectivas econômicas e incapacidade para o trabalho

Para os economistas, não é o trabalho, mas sim, a economia que está no centro da vida do ser humano. Nessa perspectiva, defendem que as pessoas dedicam o maior tempo de suas vidas para angariar e dispor de recursos destinados à sua subsistência e à melhoria do seu

³⁰⁶ DELGADO, Gabriela Neves. A centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. // Trabalho e movimentos sociais. Coord. Carlos Augusto Junqueira Henrique; Gabriela Neves Delgado, Marcio Tulio Viana e Patricia Henriques Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 57.

³⁰⁷ MAFFESOLI, Michel. O ritmo da vida: variações sobre o imaginário pós-moderno. Tradução: Clóvis Marques. Título original: *Le rythme de la vie*. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 34.

bem-estar³⁰⁸.

A economia, portanto, é o estudo da riqueza, por um lado, e por outro, e “o mais importante, uma parte do estudo do homem”³⁰⁹.

Assim, o trabalho não é visto como um fim em si mesmo, ele não faz parte da realização do ser humano. Nesse pensamento o trabalho é apenas um meio para se alcançar um fim (obtenção de riqueza), e a essência do ser humano está centrada na forma com que ele (ser humano) utiliza essa riqueza.

A economia de mercado, típica do sistema capitalista, é baseada na propriedade privada e na livre iniciativa, em que os agentes econômicos (consumidores e empresas) preocupam-se em resolver isoladamente seus próprios problemas, e, agindo individualmente, mas interagindo através do mercado, determinando o que, como e para quem produzir³¹⁰.

Nesse sistema econômico de mercado, o estado não intervém em nenhum aspecto da atividade produtiva. Logo, *como produzir* é determinado “pela competição entre os diversos fabricantes. Em função da concorrência de preços, resta ao produtor, na tentativa de maximizar seu lucro, optar pelo método de produção mais barato quanto possível”³¹¹.

No atual sistema econômico, as regras ditadas pelo mercado não incentivam a valorização da mão de obra e/ou promovem a dignidade do indivíduo com a conquista, por ele (trabalhador), da independência financeira. Ao invés disso, o trabalho é transformado em meio de sobrevivência.

Assim, o trabalho pode ser a maneira pela qual o ser humano se identifica no mundo, e existe, quando exercido em condições dignas; ou apenas um meio de sobrevivência.

A existência do indivíduo através do trabalho é o meio encontrado por ele para se identificar no contexto social. É a promoção do próprio indivíduo, de sua personalidade, da exploração de suas qualidades e elevação da sua dignidade.

A sobrevivência do indivíduo através do trabalho é o meio encontrado por ele (indivíduo) apenas para se manter vivo, respirando, incerto da sua existência.

Não é o tipo de trabalho, a qualificação ou o valor da remuneração que definem se o trabalho é um fim em si mesmo, ou meio de sobrevivência. Tais indicadores estão relacionados com a forma como o trabalhador é tratado e como ele próprio se vê executando suas tarefas, já que é onde ele passa a maior parte de sua vida.

³⁰⁸ BENTO, Vítor. Economia, moral e política. Lisboa: ed. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 13.

³⁰⁹ BENTO, Vítor. Ob. cit. p. 13.

³¹⁰ NOGAMI, Otto; PASSOS, Carlos Roberto Martins. Princípios de economia. 5ª ed. rev. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 60.

³¹¹ NOGAMI, Otto; PASSOS, Carlos Roberto Martins. Ob. cit. p. 62.

Nesse contexto, podem ser citadas as condições de trabalho dos profissionais que realizam o teleatendimento brasileiro.

Em 2006 o Sindicato dos trabalhadores de telecomunicação de Minas Gerais – SINTTEL-MG divulgou estudo de percepção sobre as condições de trabalho e saúde no setor de teleatendimento, realizado pelo setor de psicologia do departamento de saúde do referido sindicato.

A pesquisa tinha por objetivo investigar a percepção dos teleatendentes relacionadas às condições e organização do seu trabalho, com objetivo de diminuir os impactos negativos na saúde.

Os fatores relativos à percepção dos teleatendentes, no que diz respeito às condições de trabalho, que podem afetar a saúde e implicar adoecimento, foram, dentre outros: mudança brusca de temperatura, ruído excessivo, computadores e softwares que não facilitam o trabalho; monitores que não podem ser melhores posicionados³¹².

E os fatores relacionados à percepção dos teleatendentes, no que diz respeito à organização do trabalho, que podem afetar a saúde e implicar adoecimento, foram, dentre outros: avaliação de desempenho por monitoramento eletrônico, gravação e escuta de diálogos; pressão para trabalhar mais rápido; número de operadores insuficiente para a demanda de atendimento; exigência de elevado esforço mental; impossibilidade de sair do posto de trabalho a qualquer momento da jornada a fim de satisfazer suas necessidades fisiológicas sem repercussão sobre a avaliação e remuneração; vivência de estímulo à competição entre trabalhadores ou grupo/equipes de trabalho³¹³.

Essas penosas condições de trabalho não diminuem a disposição de desempregados que se candidatam às vagas oferecidas pelas empresas de teleatendimento, conforme mencionado em artigo que analisou esse mesmo relatório:

Some-se a este contexto o grande número de desempregados que brigam diariamente por empregos como este. Qualquer semelhança com o sistema produtivo da Revolução Industrial não é mera coincidência: trata-se apenas de uma nova roupagem capitalista, que mantém sua estrutura intacta e modifica apenas seus dispositivos operacionais, garantindo dessa forma a manutenção da lógica da

³¹² Setor de Psicologia do departamento de Saúde do Sindicato dos trabalhadores de telecomunicações do Estado de Minas Gerais – SINTTEL – MG. Estudo de percepção sobre as condições de trabalho e saúde no setor de teleatendimento. 2006. Disponível em <<http://www.segurancaetrabalho.com.br/download/teleatendimento-sinttelmg.pdf>> acessado em 22.02.2015. p. 31.

³¹³ Idem.

acumulação e da sujeição do trabalho³¹⁴.

A melhora das condições de trabalho e da organização do trabalho, citadas no referido relatório, é decisiva para busca da qualidade de vida no trabalho. Essa busca pela qualidade de vida no trabalho não reflete apenas para os trabalhadores (de qualquer profissão), que procuram evitar o adoecimento.

A qualidade de vida no trabalho também pode refletir no resgate e inserção de pessoas que até então não conseguiam atender às penosas exigências que eram solicitadas para o desempenho da função.

Daí resulta que a composição da compreensão sobre incapacidade para o trabalho também implica compreensão sobre as exigências do mercado de trabalho, impostas pelo atual sistema econômico.

Além disso, a divisão do trabalho também é limitada pela dimensão do mercado, vale dizer, quanto menor o mercado, menor são as chances de readaptação em outras atividades.

A contratação de pessoa com deficiência esbarra na desconfiança do empregador (e talvez do próprio trabalhador) da capacidade em cumprir a função laboral, sem perda da qualidade ou quantidade.

No atual sistema econômico, o mercado torna-se cada vez mais competitivo, e conseqüentemente, há maior exigência do grau de produtividade individual de cada empregado.

Exemplo disso é o discurso comumente realizado pelos presidentes das companhias nas assembleias de acionistas, que atrelam o sucesso da empresa à redução do número de funcionários em relação ao ano anterior. Nas décadas anteriores, havia um entusiasmo quando a empresa anunciava que havia contratado número maior de funcionários. Atualmente, esse entusiasmo é inverso, vale dizer, quando a empresa reduz o número de funcionários³¹⁵.

Essa lógica de mercado pode indicar que a empresa atingiu maior nível tecnológico e maior grau de exigência de produtividade individual dos empregados, o que implica maior competitividade entre os seres humanos por uma oportunidade de emprego.

A maior competitividade na busca de uma oportunidade de emprego implica

³¹⁴ CARDOSO, Fernanda de Lazari. FONTES, Roberta Brangioni. MASCARENHAS, Leonardo Baldino; VARELLA, Renata Versiani Scott. As possibilidades da economia solidária enquanto um espaço em construção: re-significando o trabalho para re-significar a vida *in* Cidadania e Inclusão Social. Flávio Henrique Unes Pereira e Maria Tereza Fonseca Dias (organizadores). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 138.

³¹⁵ CORTELLA, Mario Sergio. Qual é a tua obra?: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 21ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 37.

concluir que os mais capacitados e menos limitados funcionalmente irão superar àqueles que possuírem maior grau de limitação de funcionalidade.

Este, portanto, é o retrato do sistema econômico, que está mais voltado à produção de riqueza, e que valoriza a competitividade, e com pouco espaço para reconhecer o trabalho como fim em si mesmo.

Sem deixar de ser atual, Sérgio Buarque de Holanda, que escreveu *Raízes do Brasil* em 1936, já referia que a relação humana desapareceu entre o empregador moderno e seu empregado, na medida em que este (empregado) se transformou em um simples número, devido à produção em larga escala e necessidade de organização de grandes massas de trabalho, desaguando num inevitável sentimento de irresponsabilidade, por parte dos dirigentes, pelas vidas dos trabalhadores manuais³¹⁶.

Holanda compara o sistema de produção que existia quando um mestre e seu aprendiz ou empregado trabalhavam na mesma sala e utilizavam os mesmos instrumentos, com a organização habitual da corporação moderna³¹⁷.

No primeiro, as relações de empregador e empregado era pessoais e diretas, não havia autoridades intermediárias. Na última, entre trabalhador manual e o derradeiro proprietário – o acionista – existe toda uma hierarquia de funcionários e autoridades representados pelo superintendente da usina, o diretor-geral, o presidente da corporação, a junta executiva do conselho de diretoria e o próprio conselho de diretoria. Como é fácil que a responsabilidade por acidentes do trabalho, salários inadequados ou condições anti-higiênicas se perca de um extremo ao outro dessa série³¹⁸.

Michel Foucault contestou o enunciado formulado por Marx e Hegel, que *a essência concreta do homem é o trabalho*, num sistema capitalista, que transforma o tempo de trabalho e a força de trabalho em "sobre-lucro".

Não penso, portanto, que se possa admitir pura e simplesmente a análise tradicionalmente marxista que supõe que, sendo o trabalho a essência concreta do homem, o sistema capitalista é quem transforma o trabalho em lucro, em sobre-lucro ou em mais-valia³¹⁹.

³¹⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 142.

³¹⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Ob. cit., p. 142.

³¹⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Ob. cit., p. 142.

³¹⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Título original: *La vérité et les formes juridiques*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Trarepa 2012, p. 124.

Não há espaço, neste trabalho, para incursionar sobre as nuances do sistema econômico em cada país. No entanto, é possível mencionar que tanto o mercado brasileiro quanto o europeu são regidos pela livre iniciativa, com avanços consideráveis em direitos sociais, refletindo na qualidade de vida do trabalho.

Na ponta da equação que redundando na presunção sobre a incapacidade laboral, o mercado de trabalho (pressionado por níveis de produtividade) assume grande peso ao ser cotejado com as limitações funcionais do ser humano.

Assim, há um grande desafio em equacionar os níveis de produtividade exigidos pelo mercado de trabalho e a qualidade de vida no trabalho.

A qualidade de vida no trabalho implica no bem-estar no trabalho, e não se relaciona apenas com a prevenção de doenças ou *stress* que emergem ou potencializam-se no trabalho, mas também, com o atendimento das dimensões biológica, psicológica, social e organizacional de cada ser humano. É o bem-estar no trabalho que mantém o ser humano íntegro como pessoa, cidadão e profissional³²⁰.

É possível identificar, portanto, uma tendência para identificar “a concepção de desenvolvimento humano com o desenvolvimento das pessoas no trabalho, com as necessidades básicas ou com o bem-estar do ser humano”³²¹.

Ao mesmo tempo em que se percebe uma pressão sobre empresas e trabalhadores para ser mais competitivo, com aumento de níveis de produção, surgem movimentos sociais que focalizam atenções às condições de trabalho e impulsionam melhor qualidade de vida profissional.

É em meio a esta tensão entre trabalhadores buscando melhorar sua qualidade de vida e empresas procurando maior produtividade para se manter no mercado competitivo, que deve emergir o sistema de proteção social, como garantidor da inclusão do ser humano na participação social.

3.6 A incapacidade laboral e o direito da união europeia

A União Europeia segue sem definição quanto à natureza jurídica que a constitui.

³²⁰ LIMONGI-FRANÇA, Ana Cristina. Ob. cit., p. 45.

³²¹ LIMONGI-FRANÇA, Ana Cristina. Ob. cit., p. 55.

Trata-se de organismo único, inacabado, sem precedentes e em constante aperfeiçoamento. Sua base federalista parece não combinar com as denominações atuais, usualmente empregadas\ouvidas no meio acadêmico, como “transnacionalidade” e “superestado”.

A integração entre os Estados-membros tem evoluído num contínuo processo de acomodação de interesses, mas parece vacilar em meio às crises econômicas, que se percebe pela incitação da população, através de lideranças políticas, para responder plebiscitos sobre a conveniência da manutenção do Estado-membro na União Europeia.

Assim como os indivíduos se associaram e resolveram abrir mão de parcela da liberdade que os constitui, para formação do Estado; os Estados se congraçaram e cederam parte da soberania para formar algo maior: a *União*.

A União Europeia se diferencia por não ser apenas um acordo político com finalidade econômica. Mais do que isso, representa uma união de direito, que cria normas jurídicas e obriga os Estados-membros a segui-las em sobreposição às normas nacionais, mas sem invalidá-las.

Como visto anteriormente, a proteção social é um direito fundamental, e como tal, deve ser assegurado pela União, em meio aos diversos diplomas em vigor nos Estados-membros, que tutelam, em diferentes níveis, as questões relacionadas à seguridade social.

A solução, para navegar e encontrar rumo no emaranhado jurídico dos Estados-membros é a aplicação, no âmbito da União Europeia, do princípio do nível de proteção mais elevado.

A União Europeia se caracteriza pela livre circulação de pessoas, bens e serviços. Isso significa que a pessoa, ao longo dos anos, pode ter trabalhado em mais de um Estado-membro, e em cada um deles, haver diferentes tipos de normas sobre segurança social.

No caso concreto, se uma pessoa trabalhou certo tempo na França e outro tanto na Alemanha, a norma de segurança social que deve ser aplicada, em tese, será aquela que ofereça uma proteção mais elevada ao titular do direito.

A aparência simples da aplicação desse princípio é duvidada por aqueles que questionam a possibilidade de comparação dos níveis de proteção.

É certo que a aplicação desta cláusula não é isenta de problemas, desde logo, porque há quem defenda não ser possível comparar níveis de proteção: as diferenças quanto à tutela de direitos fundamentais nas diversas sociedades reflectem a cultura política e a identidade das mesmas, e por isso não haveria

como afirmar que um ordenamento jurídico protege mais que outro³²².

No entanto, Alessandra Silveira defende a aplicação deste princípio, pois os ordenamentos jurídicos distintos estão “submetidos ao mesmo padrão supraconstitucional de juridicidade e de jusfundamentalidade”³²³.

Na prática, o Tribunal de Justiça da União Europeia já tem aplicado esse princípio através de sua “jurisprudência discursiva capaz de atingir um nível de proteção mais elevado no que respeita aos direitos fundamentais”³²⁴.

É um tema delicado, sem dúvida. E por tal razão, o próprio tribunal já demonstrou possibilidade de limitar a proteção mais elevada. E a justificativa pode estar relacionada com a possibilidade de perturbação da efetividade do Direito da União, caso admitida a reivindicação ilimitada de um nível de proteção mais elevado³²⁵.

José Gomes Canotilho também refere que num sistema multinível, os direitos fundamentais, garantidos pela Convenção Europeia, integram o direito da união apenas como princípio geral. E por “não valerem como regras diretamente aplicáveis quer significar a existência de limites à observância destes direitos no âmbito do direito da União Europeia”³²⁶.

Por outro lado, no âmbito da União Europeia, o trabalho permite que o ser humano circule livremente [com objetivo de fixar residência] pelos Estados-membros, conforme decorre no art. 45 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, e art. 15 e 26, ambos da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

No acórdão *Comissão contra Bélgica*, de 20.02.97, processo C-344/95, posteriormente codificado pela alínea b) do nº 4 do art. 14 da Diretiva 2004/38/CE, admitiu-se que “Estados-membros podem limitar a residência dos que procuram emprego sempre que estes não provem que continuam à procura de emprego e que têm possibilidade de encontrá-lo”³²⁷.

Aliás, o item 10 da Directiva 2004/38/CE ressalta expressamente que “as pessoas que exercerem o seu direito de residência não deverão, contudo, tornar-se uma sobrecarga não razoável para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período

³²² SILVEIRA, Alessandra. Princípios de Direito da União Europeia doutrina e jurisprudência. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 83.

³²³ SILVEIRA, Alessandra. Ob. Cit., p. 83.

³²⁴ SILVEIRA, Alessandra. Ob. Cit., p. 84.

³²⁵ SILVEIRA, Alessandra. Ob. Cit., p. 94.

³²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito e internormatividade. *in* Direito a união europeia e transnacionalidade. Coord. Alessandra Silveira. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 185.

³²⁷ COSO, Emiliano Garcia. Art. 15º. Liberdade profissional e direito de trabalho. *In* Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (coords). Coimbra: Almedina, 2013, p. 210.

inicial de residência”.

Daí não se fala mais em direito à percepção de um benefício em razão das limitações funcionais do ser humano, mas sim, da necessidade dos Estados-membros facilitarem e tornarem mais acessível o mercado de trabalho às pessoas com limitações funcionais.

A inserção ou manutenção do ser humano, especialmente quando limitado em suas funcionalidades, no mercado de trabalho, depende de mecanismos e incentivos governamentais com objetivo de equilibrar as dificuldades inerentes destas pessoas aos níveis aos elevados índices de produtividade e competitividade ditados pelo sistema econômico.

É necessário reconhecer, por fim, e de forma universal, que a exclusão social não é combatida apenas pela garantia, pelo Estado, de uma renda mensal àqueles privados de obter a subsistência mínima.

A concessão de uma renda mensal pelo Estado ao ser humano com limitações funcionais irá garantir a ele o atendimento de suas necessidades básicas, materiais.

Todavia, a dignidade do ser humano não depende apenas disso. É verificar, ainda que para isso dependa longo acompanhamento assistencial, se o ser humano ainda possui escolhas para se (re)adaptar que lhe garantam a conquista de sua própria dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste trabalho foi apresentada evolução normativa, a resposta estatal, frente às demandas envolvendo as limitações funcionais dos seres humanos incapazes de prover a própria subsistência.

A natureza assistencial das primeiras normas relacionadas com este tema revelou que o Estado, ao pretender reduzir a mendicância mediante concessão de benefícios, tinha por objetivo o controle social. As ações do Estado, portanto, nesse sentido, não estavam voltadas para o bem-estar do ser humano, que não se interessava na promoção ou valorização da dignidade.

A proteção social adquiriu musculatura na medida em que o pensamento liberal cedeu espaço ao Estado Social (*Welfare State*), que adquiriu (e que está em constante mutação) contornos diferenciados em culturas distintas.

Dáí resulta que as ações e intenções estatais, quando relacionadas à seguridade social, devem se distanciar da institucionalização da esmola para centrar na busca pelo bem-estar do ser humano, na valorização de sua dignidade, mediante a emancipação do mercado.

Também foi visto que o ser humano é tridimensional (biológico, psicológico e social), portanto, para reconhecer sua incapacidade laboral, ele deve ser avaliado em todos os seus aspectos.

Nesse contexto, ressalvadas as situações em que o ser humano está impossibilitado de interagir com o seu ambiente (absoluto grau de dependência), a incapacidade laboral não é definida, mas sempre presumida.

A presunção da incapacidade laboral decorre do cotejo entre as limitações funcionais constatadas no ser humano e a provável absorção dele pelo mercado de trabalho.

A quantidade indeterminada de profissões, as imensuráveis tarefas que poderiam ser moduladas em cada ofício para adapta-las às limitações funcionais, bem como a exclusiva constituição de cada ser humano são exigidas na formação de uma equação aritmética, que conjugadas com o competitivo cenário que domina o atual sistema econômico, resultam num grau de probabilidade que é traduzido em apenas duas opções: a possibilidade, ou não, do ser humano exercer sua independência para subsistência própria.

A presunção da incapacidade laboral não pode decorrer de exclusivo ato médico, mas de estudo multidisciplinar (biopsicossocial) que avalie todas as dimensões do ser humano.

Nessa complexa equação que resulta presunção de incapacidade laboral, é necessário verificar, antes, se as limitações do ser humano não serão acentuadas com a instituição da dependência econômica dele ao sistema de seguridade social, quando a dignidade do ser humano é elevada a sua maior dimensão com a conquista de autonomia, e maior liberdade de escolhas.

Ainda que esteja no campo da subjetividade, pela falta de definição dos graus de deficiência (grave, moderada ou leve), a instituição de aposentadoria por tempo de serviço, diferenciada para cada grau de deficiência (Lei Complementar 142/13), deve ser interpretada como incentivo ao ser humano, com limitações graves, ao ingresso no mercado formal de trabalho.

Logo, o ser humano com deficiência grave não estaria sujeito à presunção de incapacidade laboral, mas sim, incentivado (pela Lei Complementar nº 142/13) a ingressar no mercado formal de trabalho, já que a legislação previu tempo diferenciado para aposentadoria por tempo de contribuição, compatível com sua condição.

No entanto, a presunção de incapacidade não é avaliada de forma exclusivamente individual. Daí resulta que a incapacidade laboral não está contida no ser humano, mas sim, no mundo ainda pouco acessível às pessoas com necessidades especiais.

Com efeito, ao reconhecer (de forma presumida) a invalidez do ser humano, ele ainda pode ter uma capacidade e funcionalidade latente, subaproveitada, já que a incapacidade laboral foi avaliada com a presunção de que o mundo é hostil demais para sobrevivência por seus próprios meios, e por isso, necessitava do amparo estatal.

A presunção da incapacidade é flutuante no tempo, influenciada não apenas pelos avanços científicos destinados a diminuir as limitações funcionais causadas por doenças ou deficiências, como também pelo avanço cultural, na medida em as ações estatais e sociais tornam o mundo mais acessível para esses seres humanos. Ao mesmo tempo, os avanços tecnológicos distanciam os indivíduos menos qualificados do mercado de trabalho, e os torna mais dependente do sistema de proteção social.

É bom lembrar que a organização social é baseada nas necessidades dos seres humanos, e no elo de dependência existente entre eles. Assim, o ser humano existe e se realiza ao suprir essas necessidades e dependências. E é valorizado quando assume papel de benfeitor.

Nesse sentido, e pela perspectiva filosófica, o ser humano possui a capacidade de se recriar. Logo, a presunção de incapacidade não pode ser exercida apenas em relação aquilo que o ser humano foi, mas sim, em relação a algo que ele ainda pode ser.

Daí resulta que o ser humano não merece permanecer preso dentro de si mesmo. Antes, deve ser oferecida e incentivada a possibilidade para que ele se liberte através de escolhas, promovendo a si mesmo, e existindo, dentro de suas limitações.

Essa liberdade não pode ser utilizada para o ser humano fugir de si mesmo, já que existe, dentro de si, um dever para consigo mesmo, que o impele de seguir adiante e evoluir como ser humano.

Por outro lado, a composição da definição de incapacidade laboral, em certa medida, é influenciada pelo modelo econômico liberal, que sustenta o mercado de trabalho competitivo.

Aliás, o próprio Estado reconhece esse fenômeno, na medida em que intervém na atividade econômica, melhor dizendo, nos meios de produção, para assegurar mínimo de vagas (seja na iniciativa pública ou privada) aos seres humanos com capacidades limitadas.

Enfim, é possível elencar os seguintes fatores que devem ser levados em consideração, no momento em que, forem constatadas as limitações funcionais do ser humano, antes que se reconheça, por presunção, a incapacidade laboral:

a) o ser humano deve ser avaliado em sua dimensão corporal e psicossocial. E por essa razão, as limitações funcionais são melhores descritas por equipe multidisciplinar (análise biopsicossocial), conforme modelo sugerido pela ONU, com a apresentação da CIF;

b) a legislação brasileira incentiva pessoas com deficiência (inclusive deficiência grave) ao trabalho, ao prever aposentadoria por tempo de contribuição, e ao estabelecer quotas de contratação de pessoas deficientes para empresas públicas e privadas;

c) na perspectiva europeia, a aptidão ao trabalho permite a livre circulação das pessoas pelos estados-membros da união europeia. Nesse particular, políticas públicas voltadas às pessoas com deficiência, na busca pelo pleno emprego, valorizam a integração entre os seres humanos e as relações sociais;

d) a incapacidade laboral poderia ser reduzida com maior atenção da sociedade e dos governos, para tornar o mundo mais acessível àqueles que possuem limitações funcionais. Logo, boa parte da incapacidade não está relacionada com o ser humano, em si.

e) o ser humano possui a capacidade de se adaptar a novas realidades, e forjar nova identidade mediante escolhas que o conduzam à realização pessoal e social, através da valorização das suas habilidades, ainda que limitadas. Afinal, é através do trabalho que o ser humano se realiza, ao exercitar seu compromisso social.

f) a dignidade do ser humano está além da garantia de um benefício mensal, em relação ao qual ele poderá suprir suas básicas necessidades.

Por óbvio, para que todas essas questões sejam, de fato, atendidas, não basta negar o benefício mensal, esperando que o ser humano se realize por si mesmo.

É necessário estar atento a uma política pública que compreenda ações voltadas para facilitar e/ou melhorar o acesso dos seres humanos limitados em suas funcionalidades ao mercado de trabalho. Ao mesmo tempo, deve estar aberto a política do bem estar social para a desmercadorização do ser humano que pode surgir das relações sem proteção social.

Não basta emancipar o ser humano da dependência estatal; antes, é preciso emancipá-lo do sistema econômico, garantindo que as relações de trabalho sejam adequadas à sua condição.

Enfim, a dignidade do ser humano é conquistada com sua emancipação, tanto em relação a submissa relação laboral, quanto da dependência econômica estatal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Orlando de. O trabalhador global e a previdência social: reflexões sobre um direito humano em crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BARBOSA, Alexandre de Freitas; POCHAMANN, Marcio. Trabalho e exclusão social no Brasil e a experiência de São Paulo. *In* Psicanálise, direito e sociedade: encontros possíveis. Coord. Antônio Cezar Peluso e Eliana Riberti Nazareth. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. Direito Previdenciário Médico. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BENTO, Vitor. Economia, moral e política. Lisboa: ed. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

BRASILEIRO FILHO, Geraldo. Bogliolo: Patologia Geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A. 1998.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. tradução: Sebastião Nascimento. Título original: *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*. São Paulo: Editora 34, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito e internormatividade. *in* Direito a união europeia e transnacionalidade. Coord. Alessandra Silveira. Lisboa: Quid Juris, 2010.

CARDOSO, Fernanda de Lazari; MASCARENHAS, Leonardo Balbino; VARELLA, Renata Versiani Scott; FONTES, Roberta Bragnioni. As possibilidades da economia solidária enquanto um espaço em construção: re-significando o trabalho para re-significar a vida *in* Cidadania e Inclusão Social. Flávio Henrique Unes Pereira e Maria Tereza Fonseca Dias (organizadores). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

CARDOSO, Lizarb Cilindro. A perícia médica complexa (biopsicossocial), à luz do modelo integrador de funcionalidade, incapacidade e saúde, instituído pela OMS. Disponível em www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14419, acessado em 22/06/2015.

CASSIRER, Ernst. Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana. Tradução: Tomás Rosa Bueno. Título original: *An essay on man – an introduction to a philosophy of human culture*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 14ª: Florianópolis: Conceito, 2012.

CATHCART, Thomas. KLEIN, Daniel M. Heidegger e um hipopótamo chegam às portas do paraíso. Tradução: Isabel Veríssimo. Título original: *Heidegger and a Hippo walk through those pearly gates*. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010.

COIMBRA, Feijó, Direito Previdenciário Brasileiro 3ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves Correia; e CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de direito da seguridade social. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CORTELLA, Mario Sergio. Qual é a tua obra?: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 21ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

COSO, Emiliano Garcia. Art. 15º. Liberdade profissional e direito de trabalho. *In* Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (coords.) Coimbra: Almedina, 2013.

COTRAN, Ramzi S. KUMAR, Vinay. ROBBINS, Stanley L. Patologia básica. Tradução de Cláudia Lúcia Caetano de Araújo. Título original: *Basic Pathology*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A. 1994.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Fundamentos do Direito Constitucional. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DANTAS, Ivo. Teoria do Estado Contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DELGADO, Gabriela Neves. Centralidade do trabalho digno na vida pós-moderna. *in* Trabalho e movimentos sociais. Coord. Carlos Augusto Junqueira Henrique; Gabriela Neves Delgado; Marcio Tulio Viana; e Patricia Henrique Ribeiro. Belo Horizonte: DelRey, 2008.

DELGADO, Mauricio Coutinho. Direito do trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro. Org. Flávio Henrique Unes Pereira e Maria Tereza Fonseca Dias. Cidadania e Inclusão Social: Estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

ESPING-ANDERSEN, GOSTA. As três economias políticas do Welfare State. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Título original: *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Lua Nova - Revista de Cultura e Política, nº 24 – Setembro/ 1991 disponível em

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006 acessado em 21/06/2015.

FÁVERO, Flaminio. Medicina Legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia. 12ª ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991.

FERNANDES, Petra Monteiro. O Direito à segurança social enquanto ditame da dignidade da pessoa humana. *in* Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª ed. Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva (coord). São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Curso de Perícia Judicial Previdenciária. Coord. José Antônio Savaris. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução de Eduardo Brandão. Título original: "Naissance de la biopolitique". São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. A verdade e as formas jurídicas. 3ª ed. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Título original: *La vérité et les formes juridiques*. Rio de Janeiro: Editora Trarepa 2012.

FRANÇA, Genival Veloso de, Direito médico. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Medicina Legal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

FROMM, Erich. Ter ou ser? 4ª ed. Tradução: Nathanael C. Caixeiro. Título original: *To have or to be?* Rio de Janeiro: LTC, 2014.

GONZAGA, Paulo. Perícia médica da previdência social. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. Raízes do Brasil. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUISMAN, Denis. História do existencialismo. Tradução: Maria Leonor Loureiro. Título original: *Histoire de L'existentialisme*. Bauru: EDUSC, 2001.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 19ª: Niterói: Impetus, 2014.

JACQUARD, Albert. Ensaio sobre a pobreza. A herança de Francisco de Assis. Tradução: Pedro Braga. Título original: *Le souci des pauvres – L'héritage de François d'Assise*. Calmann-Lévy: Publicações Europa-América Ltda., 1996.

JUNIOR, Marco Aurélio Serau. Seguridade Social como Direito Fundamental Material. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. 2ª ed. Tradução: Edson Bini. Título original: *Die Metaphysik der Sitten*. Bauru: Edipro, 2008.

LECLERC, Bruno. PUCCELLA, Salvatore. As concepções do ser humano: teorias e problemáticas.

Tradução: Rui Lopo. Título original: *Les conceptions de l'être humain*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

LIMONGI-FRANÇA, Ana Cristina. Qualidade de vida no trabalho – QVT: conceitos e práticas nas empresas da sociedade pós-industrial. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

LOPES, Maria Antôni. Proteção social em Portugal na Idade Moderna. Coimbra: Ed. Universidade de Coimbra, 2010.

MAFFESOLI, Michel. O ritmo da vida: variações sobre o imaginário pós-moderno. Tradução: Clóvis Marques. Título original: *Le rythme de la vie*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

MARCATO, Antônio Carlos (coord). Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. 4ª ed. São Paulo: LTr., 2011.

_____. Princípios de direito previdenciário. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995.

_____. Os deficientes no direito previdenciário. São Paulo: LTr, 2009.

MENDES, René. Patologia do trabalho. Rio de Janeiro: Atheneu, 1995.

NABAIS, José Casalta. O financiamento da Segurança Social em Portugal *in* Contribuições para a seguridade social. Coord. Sacha Calmon Navarro Coelho. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. *in* Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana. Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva (coordenadores). 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Plano de ação internacional contra o envelhecimento, 2002/Organização das Nações Unidas; tradução de Arlene Santos. -- Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. (Série Institucional em Direitos Humanos; v. 1). Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/programas/plano-de-acao-internacional-para-o-envelhecimento>, acessado em 21.04.2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. Acerca de la OMS. Disponível em <http://www.who.int/about/es/> acessado em 09.01.2015.

_____. Classificação Internacional de Funcionalidade e Saúde. Tradução e revisão: Amélia Leitão. Direção-Geral da Saúde. Lisboa, 2004. Título original: *International classification of functioning, disability and health: ICF*. Disponível em www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf, acessado em 09.01.15.

Papa Leão XIII. Igreja Católica. Carta Encíclica *Rerum Novarum* sobre as condições dos

Operários.

Disponível

em

http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acessado em 24.08.2014

PASSOS, Carlos Roberto Martins Passos. NOGAMI, Otto. Princípios de economia. 5ª ed. rev. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

PASSOS, Fabio Luiz de. A evolução das ferramentas de proteção social superando o modelo de previdência social voltado a sociedade industrial para atender aos desafios da nova realidade social. Itajaí: Univali, 2013.

PAYNE, Malcolm. Teoria do Trabalho Social. Tradução: Felipe Duarte. Ed. Quarteto. Coimbra: 2002. Título original: *Modern Social Work Theory*.

PENHA, João da. O que é existencialismo. 11ª ed. São Paulo: ed. Brasiliense, 1992.

PÉREZ, Daniel G. *El financiamiento de La Seguridad Social em La Republica Argentina*. In: Contribuições para a seguridade social. Coord. Sacha Calmon Navarro Coelho. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

QUELHAS, Ana Paula Santo. A refundação do papel do Estado nas políticas sociais. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

REALI, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, F. Moreira. ROSEIRA, Mário, Previdência Social. Lisboa: Gráfica Boa Nova, 1955.

RIOS, Sâmara Eller. Trabalho prisional: instrumento efetivo na ressocialização do condenado. *In* Trabalho e movimentos sociais. Coord. Carlos Augusto Junqueira Henrique; Gabriela Neves Delgado, Marcio Tulio Viana e Patrícia Henriques Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROCHA, José Manuel de Sacadura, Antropologia Jurídica: para uma filosofia antropológica do direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ROCHA, Daniel Machado da. SAVARIS, José Antônio. Curso de Direito Previdenciário. Vol. I: Fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAVARIS, José Antônio. Curso de Perícia Judicial Previdenciária. Coord. José Antônio Savaris. São Paulo: Conceito, 2011.

_____. Direito Processual Previdenciário. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Previdência Social *in* Brasil em números. IBGE. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. – Vol. 1 (1992-). Rio de Janeiro, IBGE, 2013, p. 110. Disponível em biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2/bn_2013_v21.pdf acessado em 23/06/2015.

Setor de Psicologia do departamento de Saúde do Sindicato dos trabalhadores de telecomunicações do Estado de Minas Gerais – SINTTEL – MG. Estudo de percepção sobre as condições de trabalho e saúde no setor de teleatendimento. 2006. Disponível em <http://www.segurancaetrabalho.com.br/download/teleatendimento-sinttelmg.pdf> acessado em 22.02.2015.

SCHAFF, Adam. O marxismo e o indivíduo. Tradução: Heidrun Mendes da Silva. Título original: *Marksizm a jednostka ludzka*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1967.

SILVA, Filipe Carreira da, O Futuro do Estado Social. Lisboa: Ed. Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

SILVA, Moacyr Motta da; e BOLLMAN, Vilian. Tratados internacionais em direito previdenciário: a proteção da dignidade da pessoa humana. *//*. Direito internacional sob novos paradigmas: os estados, as pessoas e as controvérsias. Organizadores: Everton das Neves Gonçalves; Joana Stelzer. Florianópolis: Conceito, 2009.

SILVEIRA, Alessandra. Princípios de Direito da União Europeia doutrina e jurisprudência. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2011.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 14ª ed. Niterói: Ed. Impetus, 2012.

VIANA, Marcio Tulio. Para entender o salário. São Paulo: LTr, 2014.

VILAÇA, José Luís da Cruz. Carta dos Direitos fundamentais da União Europeia Comentada. Coords. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho. Coimbra: Almedina, 2013.