

# **DEFESA E ESTRATÉGIA DE DEFESA EM AÇÕES REVISIONAIS PREVIDENCIÁRIAS COM BASE NO ART. 29, §5º, DA LEI 8.213/91**

***DEFENCE AND DEFENCE STRATEGY AGAINST SOCIAL SECURITY  
LAWSUITS BASED ON ARTICLE 29, PARAGRAPH 5 OF FEDERAL  
LAW 8,213/91***

*Sadi Medeiros Júnior*

*Procurador Federal*

*Chefe do Serviço de Matéria de Benefícios da PFE/INSS/Florianópolis*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Perspectiva Histórica. Art. 29, caput, da lei 8.213, antes e depois da alteração procedida pela lei 9.876/1999; 2 Interpretação sistemática (incluindo a perspectiva constitucional) e integração do ordenamento jurídico; 2.1 Não há contribuição previdenciária durante o auxílio-doença que antecede a aposentadoria por invalidez. Inconstitucionalidade do entendimento diverso; 2.2 Da impossibilidade de o magistrado atuar como legislador positivo; 2.3 Ofensa ao poder de edição de decretos para

a fiel execução das leis; 2.4 Respeito a ato jurídico perfeito e necessidade de prévia fonte de custeio; 2.5 Ofensa à isonomia; 2.6 Preservação do valor real dos benefícios; 3 Perspectiva político-sociológica; 4 Perspectiva jurisprudencial; 4.1 Alteração da jurisprudência na primeira instância catarinense. Reconhecimento de equívoco no entendimento que levou à edição da súmula de n. 09; 4.2 Jurisprudência dos tribunais superiores; 5 Cômputo de benefício por incapacidade para carência - a súmula 73 da TNU; 6 conclusão; Referências.

**RESUMO:** Na conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, a renda da aposentadoria corresponderá a 100% do mesmo salário-de-benefício do auxílio-doença devidamente atualizado. Esse o entendimento do Poder Executivo consubstanciado no art. 36, §7º, do Decreto 3.048/99, disposição regulamentar combatida em inúmeras ações judiciais que sustentam sua ilegalidade diante do art. 29, §5º, da Lei 8.213/91 e que vieram a ser acolhidas pela Turma Recursal de Juizados Especiais Federais de Santa Catarina/TRSC, que a seu respeito editou a Súmula de nº 9. A tese e a estratégia expostas no presente trabalho buscaram ajudar a reverter o quadro jurisprudencial inaugurado pela referida Súm. 9 e, após combate sistemático, as pretensões de revisão com base no art. 29, §5º, da Lei 8.213/91 foram consideradas improcedentes pelo Superior Tribunal de Justiça (PET 7.108 e 7.109/RJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (RE 583834/SC). A orientação jurisprudencial firmada quanto ao art. 29, §5º é relevante também para o julgamento do mérito de outras ações revisionais, como a que pretende a contagem de tempo de benefício por incapacidade para fins de carência (Súmula 73 da TNU).

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Previdenciário. Ações Revisionais. Aposentadoria Por Invalidez Precedida de Auxílio-doença. Cálculo da Renda Mensal Inicial. Súmula 9 da TRSC. Súmula 73 da TNU.

**ABSTRACT:** The *aposentadoria por invalidez* (disability pension) will have its preceding *auxílio-doença's* (statutory sick pay) same *salário-de-benefício* (the citizen's average of security contributions). That's what says Article 36, Paragraph 7 of Federal Decree 3,048/99 edited by the President of Brazil. Thousands of applicants sue the Brazillian government's Security agency (*Instituto Nacional do Seguro Social/INSS*) claiming that the said decree breaks Article 29, Paragraph

5, of Federal Law 8,213/91. The competent law court in Santa Catarina State (*Turma Recursal de Juizados Especiais Federais de Santa Catarina/TRSC*) has repeatedly ruled in favour of the plaintiffs' case according to its Precedent 9 (*Súmula 9*). This study shows the Government's thesis and strategy up to final victory in Brazillian courts, especially in *Superior Tribunal de Justiça* (*PET 7.108 and 7.109/RJ*) and *Supremo Tribunal Federal* (*RE 583834/SC*). It also analyses the Precedent 73 of *Turma Nacional de Uniformização de Juizados Especiais Federais*.

**KEYWORDS:** Social Security Law. Precedent 9 of TRSC and Precedent 73 of TNU. Legal Interpretation.

## INTRODUÇÃO

Em meados da década de 2000, começaram a ser ajuizadas na Seção Judiciária de Santa Catarina ações revisionais previdenciárias nas quais os autores alegavam que o valor do salário-de-benefício do auxílio-doença convertido em aposentadoria por invalidez deveria integrar o período básico de cálculo (PBC) desse último benefício, afastando-se a aplicação do disposto no art. 36, parágrafo 7º, do Decreto 3.048/99<sup>1</sup>.

A referida pretensão foi rapidamente acolhida pela antiga única Turma Recursal de Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Santa Catarina (TRSC), que, a seu respeito, na sessão de julgamento de 11/04/2005, editou a Súmula de n. 09: "Na fixação da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença deve-se apurar o salário-de-benefício na forma do artigo 29, §5º, da Lei nº 8.213/91". A partir do momento em que aprovada a referida súmula, passaram a surgir, em todo o território nacional, demandas veiculando o entendimento nela estampado.

A Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS elaborou, em um primeiro momento, *tese de defesa mínima* sobre o assunto, para uso nacional. Porém, diante do peso da existência de uma súmula de Turma Recursal contrária ao entendimento da Autarquia e diante do avançado debate sobre o assunto em Santa Catarina<sup>2</sup>, fez-se necessário desenvolver

1 Decreto 3.048/99, art. 36, § 7º: "A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral."

2 Debate que já contava inclusive com uma dissidência muito significativa: um dos juízes que editaram a Súmula 9 passou a reconhecer, em suas sentenças, que a confecção da referida súmula tratou-se de óbvio equívoco (v. infra, IV.1).

trabalho diferenciado naquela seção judiciária, o qual se materializou na adoção das seguintes diretrizes e medidas:

- 1) Busca de racionalização da atuação do Estado quanto ao litígio em massa existente, objetivo que se concretizou com a análise da matéria para fins de montar-se estratégia recursal ou, se inviável<sup>3</sup>, sugerir adequação do Executivo ao entendimento consubstanciado na Súmula 9, estudo que aportou à conclusão de que deveria ser deflagrado sistemático combate ao referido entendimento;
- 2) Confecção de nova tese que procurasse abordar em totalidade o fenômeno jurídico sob análise, o que se pretendeu realizar utilizando-se o maior número de perspectivas possível, levando-se a efeito a chamada interpretação *tópica*;
- 3) Apresentação da nova tese e solicitação de revogação ou não aplicação da Súmula 9 às 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> Turmas de Recursos de JEFs de Santa Catarina, com entrega de memoriais e sustentações orais nesse sentido;
- 4) Não acolhida a nova tese por ambas as turmas recursais, elaboraram-se em Santa Catarina minutas de contestação, recursos contra sentença, embargos de declaração, pedido de uniformização nacional, recurso extraordinário (RE) e agravo em RE<sup>4</sup>, com base na mesma tese de defesa, a qual foi sugerida a partir de SC para utilização uniforme na defesa do INSS em todo o território nacional.

---

3 Naquele momento, sequer havia notícia de ajuizamento de tais demandas na maioria das demais seções judiciárias e, conseqüentemente, havia dificuldade em obter precedentes para viabilizar a interposição de incidentes de uniformização contra as decisões da TRSC. A propósito, os únicos precedentes então encontrados para embasar os pedidos de uniformização que passaram a ser interpostos simultaneamente aos recursos extraordinários abordavam a questão incidentalmente em demandas em que se pedia revisão de benefício por aplicação do IRSM em fevereiro de 1994 (decisões proferidas pela TRBA e TRDF respectivamente nos autos 2005.33.00.768372-1 e 2005.34.00.756276-9). Felizmente (e corretamente), os pedidos de uniformização nacional vieram a ser admitidos pela TRSC (diferentemente dos recursos extraordinários).

4 Os recursos extraordinários expuseram, para fins de atendimento ao então novel requisito da repercussão geral (Lei 11.418, de 19/12/2006), demonstração de repercussão econômica na ordem de 6 bilhões de reais (Para a redação dessa preliminar, foram importantes os conhecimentos obtidos em evento realizado pela Escola da AGU em Porto Alegre, em 2007, sobre a repercussão geral em recursos extraordinários). Os agravos de instrumento foram instruídos com certidão expedida pelo órgão judicial competente afirmando a existência, em 07/11/2007, de 2.364 recursos extraordinários já interpostos sobre a matéria apenas perante as Turmas Recursais de SC.

O presente estudo aborda a temática das revisionais do art. 29, §5º a partir dos argumentos expostos na referida tese de defesa elaborada em Santa Catarina. Expõe também sobre a estratégia que a veiculou e sobre seus desdobramentos práticos.

Ao lado do objetivo de tentar prestar singela contribuição ao conhecimento doutrinário dos temas versados (inclusive sobre a Hermenêutica Jurídica, a que se dá especial ênfase), busca-se aqui, a exemplo da referida estratégia, contribuir a que o Estado brasileiro uniformize sua atuação tanto quanto às “revisionais do art. 29, parágrafo 5º” pendentes de julgamento e às que ainda estão sendo propostas, como quanto a outras demandas judiciais cujos principais aspectos já tenham sido apreciados no debate sobre as revisionais objeto da presente análise, tais como as ações que veiculam a pretensão de que os períodos de recebimento de benefício por incapacidade contem para efeito de carência - Súmula 73 da TNU, tema do item V deste estudo.

#### **1 PERSPECTIVA HISTÓRICA. ART. 29, CAPUT, DA LEI 8.213, ANTES E DEPOIS DA ALTERAÇÃO PROCEDIDA PELA LEI 9.876/1999**

Os precedentes que levaram à edição da Súmula 9 da Eg. TRSC foram os acórdãos proferidos nos autos de nº 2004.72.95.003073-9 e 2004.72.50.003033-9. O seguinte excerto da decisão proferida nos autos 2004.72.95.003073-9 expõe os fundamentos da Súmula em comento:

O Autor é titular de aposentadoria por invalidez *DIB 18-01-2000*, precedida de auxílio-doença *DIB 04-07-1998*. Consoante procedimento usualmente adotado em casos tais, para conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez o INSS não efetuou novo cálculo de salário-de-benefício, limitando-se a alterar o coeficiente da RMI (de 91% para 100% do salário-de-benefício), na forma do que estabelece o artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, verbis: [...]

A parte Autora, todavia, invoca em seu favor a regra do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, que estabelece: [...]

Analisando o dispositivo legal acima transcrito (Lei nº 8.213/91), infiro que o procedimento adotado pelo INSS não se mostra legítimo, tendo o Decreto nº 3.048/99 extrapolado os limites de regulamentação da LBPS.

De fato, ausente exceção traçada pela própria Lei, improcede o argumento de que a regra do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, tem aplicação somente para o cálculo das demais espécies de benefícios (exceto aposentadoria por invalidez).

Destaco, a propósito, que um ou outro procedimentos não gerariam resultados diversos tivesse a Lei nº 8.213/91 sido mantida na sua redação original, onde o mesmo índice que atualizava salários-de-contribuição para fins de cálculo de salário-de-benefício também servia para a majoração dos benefícios em manutenção. Na época, a sistemática traçada pelo Decreto regulamentador da LBPS era mais prática e nenhum prejuízo causava ao segurado.

Todavia, a partir do momento em que os índices passaram a ser diferenciados, mostra-se necessário o cálculo do salário-de-benefício, tal como estabelece o artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, sob pena de perpetuar-se no novo benefício (aposentadoria por invalidez) defasagem presente naquele extinto (auxílio-doença).

Concluo, pois, que a sistemática de cálculo da RMI da aposentadoria por invalidez utilizada pelo INSS e disciplinada no artigo 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99 (mera majoração do coeficiente), contraria o disposto no artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. [...]

Assim, faz jus a parte Autora à revisão de sua aposentadoria por invalidez, a fim de que seja calculado um novo salário-de-benefício (salários-de-contribuição imediatamente anteriores à DIB/DER, considerando-se, se for o caso, como tal o salário-de-benefício do auxílio-doença, devidamente reajustado).

Vê-se que o fundamento da Súmula 9 é, em síntese, o entendimento de que, inexistindo exceção expressa na lei no sentido de não se aplicar o disposto no art. 29, parágrafo 5º, da Lei 8.213 ao período de recebimento de auxílio-doença imediatamente anterior à concessão de aposentadoria por invalidez, não poderia o Poder Executivo criar essa exceção, pelo que o disposto no art. 36, parágrafo 7º, do Decreto 3048/99 extrapolaria o âmbito da competência regulamentar<sup>5</sup>.

5 O precedente citado também comenta que a alteração da redação original da Lei 8.213/91 no sentido de estabelecer-se distinção entre os índices de correção dos salários-de-contribuição e os índices de correção dos valores dos benefícios é fonte de prejuízo aos segurados quando se aplica o disposto no parágrafo 7º do art. 36 do Decreto 3.048. Sobre esse ponto, ressalta-se que o questionamento acerca da distinção de correções em tela já foi dirimido pelo Col. Supremo Tribunal Federal ao pacificar a jurisprudência no

Portanto, observa-se que o entendimento que embasou a súmula em comento pautou-se no chamado *método gramatical, literal ou filológico*<sup>6</sup> de interpretação.

Não obstante, para além do momento gramatical, há outras perspectivas de interpretação (*topoi*) indispensáveis à pesquisa do direito e à consequente justa composição da controvérsia jurídica de que se cuida.

Iniciando a análise da problemática sob a perspectiva histórica<sup>7</sup> (perspectiva essa que se faz mais premente em controvérsias sobre Direito Previdenciário, ante à natural duração por longos períodos das relações

---

tocante às ações revisionais do IGP-DI (RE 376852/SC), oportunidade em que aquela Corte decidiu que os índices de correção dos benefícios utilizados pelo INSS são constitucionais, merecendo improcedência a aplicação do mesmo índice que corrigia os salários-de-contribuição (o IGP-DI).

A controvérsia em torno da distinção entre os índices de correção do valor dos benefícios e dos salários de contribuição já foi decidida pelo Eg. TRF da 4ª Região, que sobre ela editou a súmula de n. 40: “**Súmula 40:** Por falta de previsão legal, é incabível a equivalência entre o salário-de-contribuição e o salário-de-benefício para o cálculo da renda mensal dos benefícios previdenciários.”

DJ (Seção 2) de 28-10-96, p.81959.

A utilização do IGP-DI como índice de correção dos salários-de-contribuição só existiu no período de maio de 1996 (Lei 9.711/98, art. 10) a fevereiro de 2004 (MP 167/2004, convertida na Lei 10.887/2004). Ressalta-se, portanto, que a distinção de correções em tela, quando existiu, de 1997 (em 1996, também o IGP-DI foi utilizado para a correção do valor dos benefícios, por força do art. 2º da MP 1.415, de 29/04/96) a fevereiro de 2004, foi considerada constitucional pelo C. STF, que reconheceu tratar-se o INPC “do índice mais adequado para o reajuste dos benefícios, já que o IGP-DI melhor serve para preços no atacado, porque retrata, basicamente, a variação de preços no setor empresarial brasileiro” (RE 376.846/SC).

Importa registrar que essa distinção de índices deixou de existir desde a entrada em vigor da MP 167/2004 (convertida na Lei 10.887/2004, de 18/06/2004), ficando vedada pelo art. 29-B acrescentado à Lei 8.213/91, o qual especifica o INPC como índice de correção dos salários de contribuição considerados no cálculo do valor do benefício.

- 6 Consoante Herkenhoff: “Os processos de interpretação são também chamados elementos de interpretação, métodos ou modos de interpretação, fases ou momentos da interpretação ou critérios hermenêuticos. Os processos de interpretação não ocorrem ao intérprete numa ordem sistemática, mas numa síntese imediata. Esse caráter unitário da atividade hermenêutica aconselha que se encarem os processos de interpretação como momentos do processo global interpretativo, de preferência a conceituá-los como métodos. [...] O momento (ou processo) filológico estabelece o sentido objetivo da lei com base em sua letra, no valor das palavras, no exame da linguagem dos textos, na consideração do significado técnico dos termos.” (HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 13-15).
- 7 A perspectiva histórica utilizada limita-se à descrição da evolução da legislação no tempo. É uma investigação do devir da dogmática jurídica em si, não se tratando, portanto, da outra tarefa que também pode compor a investigação histórica do Direito: situar no contexto social as alterações normativas, com ênfase ao estudo daquele contexto. Este outro sentido da perspectiva histórica, entretanto, não é olvidado pelo presente estudo, uma vez que este considera as expectativas de justiça da sociedade brasileira e busca aproximar-se do princípio de que os benefícios previdenciários sejam diretamente relacionados à existência de contribuições, sob pena de quebra do sistema público de seguridade social e perecimento do direito social à previdência pública, o que, como sabido, é aspiração de fortes grupos econômicos e políticos.

por ele disciplinadas), atenta-se, por primeiro, para um fato expressamente mencionado no precedente supracitado da Eg. TRSC e que levou à edição da Súmula n. 09: O benefício da parte autora daquela demanda iniciou-se em 18/01/2000. Qual a importância desse fato para a matéria em estudo?

É que ele torna manifesto ter-se baseado, a referida súmula, em precedente que julgou demanda relativa a benefício concedido na vigência da nova redação conferida ao art. 29 da Lei 8.213 pela Lei 9.876/99<sup>8</sup>. Assim, importa frisar, desde logo – como primeira aquisição relevante do emprego da perspectiva histórica sobre a matéria em comento – que o entendimento expresso na Súmula n. 09 não poderia ser aplicado a benefícios anteriores à data de entrada em vigência da Lei 9.876/99, ou seja, 29/11/1999. Contudo, a Eg. TRSC sempre aplicou sua Súmula 9 indistintamente, fossem os benefícios anteriores ou posteriores à Lei 9.876/99.

Já vimos, portanto, que à época da concessão do benefício a que se reporta o precedente da Eg. TRSC referido, já era vigente a redação dada pela Lei 9.876/99 ao art. 29 da Lei 8.213/91, que é a redação vigente até a presente data. Mas comparem-se a redação anterior e a redação vigente a partir da Lei 9.876/99:

Redação original do art. 29, caput e parágrafo 5º, da Lei 8.213/91:

Art. 29 O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição *dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade* ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48(quarenta e oito) meses.

[...]

§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1(um) salário-mínimo.” (Grifo acrescentado)

8 Redação esta que somente poderia ter aplicação a benefícios concedidos a partir da entrada em vigor desse diploma legal Conforme jurisprudência do STF, sumulada no verbete de n. 359: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.”

Redação a partir da Lei 9.876/99:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;

II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.” [...]

§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo.

Como se pode observar, até a entrada em vigor da Lei 9.876/99 o *caput* do art. 29 da Lei 8.213 era expresso em fixar como data final do período básico de cálculo (PBC) dos benefícios a *data de afastamento da atividade* e a data do requerimento<sup>9</sup>. Logo, no que tange a benefícios por incapacidade, o *período básico de cálculo* previsto no parágrafo 5º estender-se-ia até o mês anterior ao do afastamento da atividade, conjugando-se o parágrafo 5º com o *caput* do art. 29.

Aprofundando a pesquisa histórica<sup>10</sup>, vê-se que, antes da Lei 8.213/91, o período de cálculo da aposentadoria por invalidez já era

9 No tocante à aposentadoria por invalidez precedida por auxílio-doença, não tem pertinência a data de requerimento, vez que a conversão do benefício dá-se de ofício na data em que realizada a perícia médica que conclua pela existência de incapacidade permanente para toda e qualquer atividade laboral. Nesse sentido, bem expõe a sentença proferida nos autos de n. 2006.70.51.003668-9, em trâmite perante a 2ª Vara do Juizado Especial Federal Cível de Londrina/PR: “Como se sabe, a aposentadoria por invalidez, quando decorrente de conversão de auxílio-doença, não é fruto de um requerimento específico do segurado, mas de uma avaliação médica (que se dá ex officio), como prevêem os arts. 42 e 43 da LBPS. É claro que o segurado em gozo de auxílio-doença poder requerer ao INSS a conversão de seu benefício em aposentadoria por invalidez; ocorre, porém que a lei não atribui relevância a esse pedido, já que a conversão e o termo inicial (DIB) não dependem disso, mas da perícia médica que considerar o segurado total e permanentemente incapaz, perícia esta que se realiza de ofício”.

10 Segundo Maximiliano, em sua obra ao mesmo tempo clássica e atual: “Mais importante do que a história geral do Direito é, para o hermenêuta, a especial de um instituto e, em proporção maior, a do dispositivo

contado até o mês anterior ao do afastamento da atividade. Essa assertiva decorre da análise da evolução das disposições normativas sobre o cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez, a qual denota que o período básico de cálculo desse benefício tem tradicionalmente como marco final o afastamento da atividade (Lei 5.890/73, art. 3º, I; Decreto 72.771/73, art. 46, I; Decreto 83.080/79, art. 37, I), o que, conjugado com a disposição sobre o cômputo do período em gozo de auxílio-doença (Lei 5.890/73, art. 3º, parágrafo 3º; Decreto 72.771/73, art. 46, parágrafo 4º; Decreto 83.080/79, art. 37, parágrafo 4º), leva à conclusão de que somente os períodos de gozo de auxílio-doença intercalados com o exercício de atividade podem ser computados como salário-de-contribuição, uma vez que o período básico de cálculo da aposentadoria por invalidez estende-se até o mês anterior ao do afastamento da atividade.

Ressalte-se que em todos os atos normativos mencionados conviveram harmonicamente – por assim dizer – a disposição no sentido de que o PBC (período básico de cálculo) da aposentadoria por invalidez estendia-se até o mês anterior ao do afastamento e o dispositivo no sentido de que o salário-de-benefício do auxílio-doença considera-se salário de contribuição, o que levou à conclusão jurídica tradicional no Direito Previdenciário que se consubstancia no preceito do Decreto 3.048/99 (art. 37 parágrafo 6º) cuja aplicação é considerada indevida na Súmula 09 da Eg. TRSC.

Essa conclusão é de mais evidente clareza diante da já citada redação do art. 29 da Lei 8.213/91 antes de sua alteração pela Lei 9.876/99. Observe-se que, tal qual nos atos normativos anteriores, o preceito que manda computar o salário de benefício com base nos salários de contribuição imediatamente anteriores ao do mês de afastamento da atividade (*caput*) tinha expressa previsão literal concomitantemente ao dispositivo que previa a contagem do salário-de-benefício do auxílio-doença como salário-de-contribuição (parágrafo 5º). Diante dessas disposições e considerando ainda que o parágrafo de um mesmo artigo de lei não deve ser interpretado sem correlação coerente com o *caput*, aporta o intérprete - ainda que se limite ao método gramatical - à necessária ilação de que se a aposentadoria por invalidez foi precedida

---

ou norma submetida a exegese. A lei aparece com último elo de uma cadeia, como um fato intelectual e moral, cuja origem nos fará conhecer melhor o espírito e alcance do mesmo. Com esse intuito, o juiz 'lança uma ponte entre as obscuras disposições o presente e os preceitos correspondentes e talvez claros do Direito anterior.' (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 138).

por auxílio-doença, o período básico de cálculo (PBC) deste será o mesmo da aposentadoria por invalidez, vez que o afastamento da atividade deu-se antes da concessão do auxílio-doença, nos termos expressos do *caput* do art. 29.

Alguma dificuldade interpretativa surgiu com a alteração da Lei 8.213/91 pela Lei 9.876/99, tendo sido alterado o *caput* do art. 29 e não alterado o disposto no seu parágrafo 5º.

Ocorre que a alteração procedida referiu-se apenas ao comando no sentido de que o período contributivo não seria mais de 36 contribuições apuradas em período não superior a 48 meses, substituindo-o pelo aumento do período de apuração (e multiplicação pelo fator previdenciário, com exceções dos benefícios previstos no inciso II, dentre estes a aposentadoria por invalidez). Logo, ainda que analisada apenas pelo aspecto semântico (portanto dentro ainda da seara da interpretação meramente gramatical), não há na nova redação do art. 29 nada que contradiga a tradicional conclusão jurídica no sentido de que o período básico de cálculo dos benefícios por incapacidade estende-se a até a data do afastamento da atividade.

Ressalta-se que não ocorreu até agora alteração do sistema previdenciário que legitime a interpretação conferida pela Sum. 9 da Eg. TRSC ao disposto no art. 29, parágrafo 5º, da Lei 8.213/91, que continua tendo o mesmo significado que sempre possuiu, inclusive no tocante à sua aplicação somente aos períodos de recebimento de benefício intercalados com o desempenho de atividade laboral<sup>11</sup>. Aliás, o não cômputo do tempo de gozo de auxílio-doença imediatamente anterior à aposentadoria por invalidez não foi criação da Lei 8.213/91, existindo muito antes da entrada em vigor dessa lei, como já demonstrado.

As considerações expostas são reforçadas pelas demais perspectivas interpretativas que se passa a abordar.

---

11 O que se disse está em conformidade com o ensinamento de Maximiliano (idem, 1999, p. 139): “Sempre se presume que se não quis substituir, de todo, a norma em vigor; a revogação da lei deve ficar bem clara. Verifica-se atentamente se o parlamento pretendeu reformar o Direito vigente, que circunstâncias o levaram a isto; até onde foi o propósito inovador; quais os termos e a extensão em que se afastou das fontes, nacionais ou estrangeiras, do dispositivo atual. Pelo que eliminou e pelo que deixou subsistir, conclui-se o seu propósito, orienta-se o hermenêuta”. Por sua vez, não seguiu essa diretriz o entendimento consubstanciado na Súm. 9 da Eg. TRSC, que deu à alteração do *caput* da Lei 8.213/91 pela Lei 9.876/99 significado que não se pode concluir, de maneira alguma, desejado pela nova lei (9.876).

## 2 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA (INCLUINDO A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL) E INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como introdução à análise do tema sob a perspectiva sistemática, convém trazer à colação o seguinte ensinamento de Maximiliano (o qual dá ao leitor a impressão de que o texto foi escrito especialmente para a solução da controvérsia interpretativa de que ora se cuida):

Já se não admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma *em conjunto*: *In civile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere* – ‘é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma’.

[...]

*Aplica-se modernamente o processo tradicional, porém com amplitude maior do que a de outrora: atende à conexidade entre as partes do dispositivo, e entre este e outras prescrições da mesma lei, ou de outras leis; bem como à relação entre uma, ou várias normas, e o complexo das idéias dominantes na época. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é também, afinal pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor.<sup>12</sup>*

São exatamente essas diretrizes que serão evidenciadas a seguir. Em especial: Manifestar-se-á que o equívoco fundamental do entendimento que embasou a Súmula 9 foi ater-se à literalidade de um único dispositivo de lei (o parágrafo 5º do art. 29 da Lei 8.213/91 na redação conferida pela Lei 9.876/99), não examinando em conjunto o inteiro teor da Lei 8.213 (v.g., art. 55, II), de outras leis (v. g., art. 476 da CLT) e os princípios gerais do sistema, dentre eles o princípio contributivo (art. 201, caput, da Constituição), a isonomia (art. 5º e 201, parágrafo 1º) e a proteção a ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI). Mostrar-se-á, também, que a lacuna deixada na legislação pela alteração (“quiçá defeituosa”) do *caput* do art. 29 da Lei 8.213 pela Lei 9.876/99 não deve ser interpretada de maneira a aportar a conclusão forçada que não se harmoniza com o conjunto do sistema em vigor.

<sup>12</sup> MAXIMILIANO, op. cit., p. 129.

Pois bem. Diante do já exposto, é lícito desde logo afirmar que a alteração do caput do art. 29 da Lei 8.213 pela Lei 9.876/99 é a fonte da controvérsia interpretativa de que se cuida. A rigor, ao alterar o mencionado dispositivo, a Lei 9.876 criou uma lacuna na legislação, a saber: retirou do caput do art. 29 a expressa menção a que os períodos básicos de cálculo dos benefícios por incapacidade encerram-se no mês anterior ao do afastamento da atividade.

Para solucionar a controvérsia jurídica assim surgida, assevera-se inicialmente que os processos de interpretação e de integração se comunicam, de modo a descortinar-se a norma jurídica a ser aplicável para a solução de um litígio<sup>13</sup>. Já se demonstrou acima como a perspectiva histórica denota que a interpretação da legislação mais consentânea com a tradição do ordenamento jurídico brasileiro é aquela que se plasma no art. 36, parágrafo 7º, do Decreto 3.048/99, o qual expressa norma que integra o ordenamento jurídico, eliminando a lacuna existente na legislação. Passa-se a aduzir os demais recursos de interpretação – inclusive de integração – relevantes à demonstração do acerto da interpretação do ordenamento jurídico que veio a se consubstanciar no referido preceito do decreto regulamentar da Lei de Benefícios.

Importa, primeiramente, na interpretação sistemática da legislação que se leva a efeito, a consideração de que o segurado em gozo de auxílio-doença considera-se na forma da lei licenciado do emprego com prejuízo

13 Nesse sentido, lecionam Cintra et al:

Considerado como ordenamento jurídico, o direito não apresenta lacunas [...]. O mesmo não acontece com a lei; por mais imaginativo e previdente que fosse o legislador, jamais conseguiria cobrir através dela todas as situações que a multifária riqueza da vida social, nas suas constantes mutações, poderá provocar. [...] Mas, evidentemente, não se pode tolerar a permanência de situações não definidas perante o direito, tornando-se então necessário preencher a lacuna da lei.

À atividade através da qual se preenchem as lacunas verificadas na lei, mediante a pesquisa e formulação da regra jurídica pertinente à situação concreta não prevista pelo legislador, dá-se o nome de integração. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” – diz enfaticamente o Código de Processo Civil (art. 126).

O preenchimento das lacunas da lei faz-se através da analogia e dos princípios gerais do direito.

Consiste a analogia em resolver um caso não previsto em lei, mediante a utilização de regra jurídica relativa à hipótese semelhante. Fundamenta-se o método analógico na idéia de que, num ordenamento jurídico, a coerência leva à formulação de regras idênticas, onde se verifica a identidade da razão jurídica; ubi eadem ratio, ibi eadem júris dispositio. [...]

No desempenho de sua função interpretativa, o intérprete freqüentemente desliza de maneira quase imperceptível para a atividade própria da integração. Interpretação e integração comunicam-se funcionalmente e se completam mutuamente para os fins de revelação do direito. Ambas têm caráter criador, no campo jurídico, pondo em contato direto as regras de direito e a vida social e assim extraindo das fontes a norma com que regem os casos submetidos a exame. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 113/114).

da sua remuneração, nos exatos termos do disposto no art. 63, da LBPS e 476, da CLT. A propósito, confira-se:

Art. 63. O segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado.

Art. 476 - Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício.

Veja-se, portanto, que o sentido da legislação brasileira, analisada sistematicamente, no tocante ao salário-de-contribuição, é que ele surge *do efetivo exercício de atividade remunerada*. E essa não existe (de fato e juridicamente) se o cidadão encontra-se em auxílio-doença, como denota, dentre outros preceitos, o citado dispositivo da CLT.

Outro ponto que importa mencionar é que o disposto no art. 55, II, da LBPS, ao dispor sobre a compreensão do conceito de tempo de serviço (atualmente tempo de contribuição), reza:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

[...]

II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez; [...] (Grifo nosso)

Esse dispositivo demonstra que o espírito da Lei 8.213/91 no tocante ao cômputo de tempos de recebimento de benefícios por incapacidade é que sejam contados apenas os períodos em que houve recebimento intercalado com o desempenho de atividade.

Nesse ponto da argumentação, exsurge a viabilidade de aplicação do recurso da aplicação analógica do referido dispositivo (inciso II do art. 55) para integrar (com a necessária coerência) o ordenamento jurídico no sentido de que somente são considerados como salários-de-contribuição os ganhos do segurado titular de auxílio-doença no “tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez”.

Ressalta-se, portanto, que o tempo de recebimento de auxílio-doença somente poderá ser contado para efeito de aposentadoria como *tempo de contribuição fictício ou virtual*, conforme disposto, por se tratar de hipóteses em que, rigorosamente, o segurado não possui salário-de-contribuição no período, já que se encontra, na forma da lei, *licenciado* do seu trabalho *com prejuízo da remuneração*. Todavia, a disposição legal em apreço não pode ser estendida para os benefícios decorrentes de transformação, já que a Lei denota que apenas quando *intercalado* o período de recebimento de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez é que poderá vir a ser contado<sup>14</sup>.

## 2.1 NÃO HÁ CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DURANTE O AUXÍLIO-DOENÇA QUE ANTECEDE A APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCONSTITUCIONALIDADE DO ENTENDIMENTO DIVERSO

Tendo em vista o *princípio contributivo* encartado na Constituição Federal, para que fosse possível interpretar-se como existente o direito a computar como contribuição o período de gozo de auxílio-doença que antecede a aposentadoria por invalidez, necessário seria pelo menos expresso dispositivo legal nesse sentido<sup>15</sup>. Não serve a essa finalidade o parágrafo 5º do art. 29 da Lei 8.213, vez que esse dispositivo sempre foi corretamente interpretado como aplicável apenas aos períodos intercalados de auxílio-doença e, ademais, a contagem de tempo de contribuição fictício que ele possibilita é exceção à regra da necessidade de efetiva contribuição e como exceção deve ser entendido, pelo que se faz imprescindível atribuir a esse dispositivo interpretação *restritiva*. Esta, a única possível aos olhos do *princípio contributivo* encartado no caput do art. 201 da CF/88 e expresso também nos dispositivos do art. 195 que disciplinam o financiamento da Seguridade Social, dentre os quais o parágrafo 8o, *que prevê mesmo para os segurados especiais a necessidade de contribuição*<sup>16</sup>.

14 A legislação permitiu o cômputo dos períodos intercalados porque nesses há o retorno do segurado à atividade e consequente continuação da prestação de contribuições. Nesse sentido, a redação original do caput do art. 29 da Lei 8.213/91 e a ainda vigente redação do art. 55, II, da mesma lei. Ou seja: a legislação busca, à toda evidência, respeitar o princípio contributivo e, por isso, dispõe no sentido de que os períodos de efetiva atividade são considerados de contribuição, excetuando-se apenas os períodos de auxílios-doença intercalados com a atividade, mas apenas em caráter excepcionalíssimo e tendo em vista que o cidadão voltará a contribuir.

15 CF, art. 201, § 3º: “Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.” (Grifou-se o trecho que abre a possibilidade interpretativa deduzida acima)

16 Art. 195. § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

Lembre-se que os princípios gerais, bem como a analogia, são recursos ao preenchimento das lacunas da legislação (inclusive por força de preceito legal – art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>17</sup>).

Logo, a lacuna na Lei 8.213 em referência (inexistência, desde a Lei 9.876/99, de expresse preceito no sentido de que o período básico de cálculo dos benefícios por incapacidade tem como termo final o mês anterior *ao do afastamento da atividade*), não pode ser interpretada contra o *princípio contributivo* no sentido de que tanto o período de recebimento de auxílio-doença intercalado com o efetivo exercício de atividade, *como o período de auxílio-doença posterior ao afastamento da atividade (quando a aposentadoria por invalidez é precedida por auxílio-doença)* consistem em períodos em que existe salário-de-contribuição.

Frisa-se que as exceções (mormente as que dizem respeito a princípios) devem interpretar-se estritamente. Assim, o disposto no parágrafo 5º do art. 29 da Lei 8.213, por ser exceção ao princípio contributivo constitucional, há de ser interpretado estritamente. Nesse sentido, expõe Maximiliano:

Em regra, é estrita a interpretação das leis excepcionais, das fiscais e das punitivas (p. 225). As leis especiais limitadoras da liberdade, e do domínio sobre as coisas, isto é, as de impostos, higiene, polícia e segurança, e as punitivas bom como as disposições de Direito Privado, porém de ordem pública e imperativas ou proibitivas, interpretam-se estritamente (Idem, p. 224).

O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico – *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (interpretam-se as exceções estritissimamente).

O princípio entronca nos institutos jurídicos de Roma, que proibiam estender disposições excepcionais, e assim denominavam as do Direito exorbitante, anormal ou anômalo, isto é, os preceitos estabelecidos contra a razão de Direito; limitava-lhe o alcance, por serem um mal, embora mal necessário.

Eis os mais prestigiosos brocardos relativos ao assunto:

---

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]

17 LICC, Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

*Quod vero contra rationem júris receptu est, non est producendum ad consequentias* (Paulo, no Digesto, liv. 1º, tít. 3º, frag. 14) – “o que, em verdade, é admitido contra as regras gerais de Direito, não se estende a espécies congêneres”.

*In his quae contra rationem júris constituta sunt, non possumus sequi regulam júris* (Juliano, em o Digesto, liv. 1º, tít. 3º, frag. 15) – “no tocante ao que é estabelecido contra as normas comuns de Direito, aplicar não podemos regra geral”.

*Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentu trahi* (Paulo, no Digesto, liv. 50, tít. 17, frag. 162) – “o que é admitido sob o império da necessidade, não deve estender-se aos casos semelhantes”.<sup>18</sup>

Impressiona como essas aquisições da Hermenêutica Jurídica aplicam-se como uma luva à controvérsia jurídica em torno do parágrafo 5º do art. 29 da Lei 8.213. Em verdade, o último brocardo citado, por si só, é fundamento para considerar-se equivocada a interpretação que estende o mencionado dispositivo aos períodos de recebimento de auxílio-doença que imediatamente antecedem a aposentadoria por invalidez.

Importa mencionar, também, que em sendo as contribuições previdenciárias tributos, a existência destes também há de ser expressa e inequívoca, pelo que não assiste razão – *data venia* – à tese que imagina existente contribuição previdenciária oculta no valor do auxílio-doença, apesar de não haver previsão legal da incidência desse tributo. A tese de que se cuida poderia sustentar o seguinte raciocínio: um cidadão aposenta-se com 30 anos de tempo de contribuição, pelo que se lhe confere renda equivalente a 70% do salário-de-benefício; esse cidadão, então, pode supor que deveria receber 70% mais uma quantia X (digamos 9% do SB ou outro percentual), que não recebe porque o Estado desconta furtivamente, por meio de “tributo virtual”, esse valor de seu benefício. Essa tese do “tributo imaginado/presumido/virtual” – por assim dizer – poderia sustentar a elevação de todos os benefícios previdenciários e todas as quantias pagas pelo Estado. No entanto, a Hermenêutica jurídica felizmente a repele energicamente ao vedar que a interpretação conduza a resultados absurdos.<sup>19 20</sup>

18 MAXIMILIANO, op. cit., 1999, p. 225-226.

19 “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis” (MAXIMILIANO, op. cit., p. 166).

20 Nesse sentido, os argumentos esclarecedores expressos pelo JEF Previdenciário de Florianópolis nos autos 2006.72.50.013185-2, os quais evidenciam inclusive a existência de teratológica dupla correção no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença se seguido o

## 2.2 DA IMPOSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO

O entendimento expresso na Súmula de n. 09 da Turma Recursal de Santa Catarina também implica inovação na ordem jurídica, com a criação (ou majoração) de um direito previdenciário sem a necessária previsão em lei (como demonstrado, a lei é lacunosa e sua integração correta é no sentido expresso no art. 36, parágrafo 7º do Decreto 3.048/99). Com isso, a pretendida concessão judicial de direito ao cálculo da aposentadoria por invalidez precedida por auxílio-doença nos moldes do art. 29, parágrafo 5º, da Lei 8.213/91 consiste em pretensão de violação à Divisão de Poderes prevista no art. 2º da Constituição, vez que compete ao Poder Legislativo a criação (ou majoração) de direitos previdenciários, não podendo o Estado-Juiz arvorar-se em legislador positivo.

## 2.3 OFENSA AO PODER DE EDIÇÃO DE DECRETOS PARA A FIEL EXECUÇÃO DAS LEIS

Nesse ponto da argumentação, vem a propósito asseverar que além da afronta à competência legislativa do Congresso Nacional, a tese da nulidade do disposto no art. 36, parágrafo 7º, do Decreto 3.048/99 viola o preceito constitucional que prevê a competência exclusiva do Presidente da República de editar decretos para a fiel execução das leis – art. 84, IV, da CF.

É que, ainda que se considerasse razoável a interpretação acolhida na Súmula 9 da TRSC, seria de rigor reconhecer-se razoável também a interpretação do Poder Executivo que ora está consubstanciada no art. 36, parágrafo 7º do Decreto 3.048/99. Não parece apropriado substituir todo um procedimento administrativo que vem sendo praticado há décadas – sob o pálio da jurisprudência – em decorrência de uma outra possibilidade interpretativa que sequer se evidencia mais correta. Vale lembrar que, conforme observado por Joseph Köller, na lição de Herkenhoff, “o pensamento da lei é todo e qualquer pensamento que possa estar nas suas palavras, sendo possível retirar delas dois ou dez pensamentos”<sup>21</sup>. Tendo o Poder Executivo editado um ato normativo administrativo da mais elevada estatura dentre os atos da administração, baseado em interpretação correta ou no mínimo razoável, violaria o disposto no art. 84, IV, da CF, decisão judicial que substituísse o critério do Poder Executivo por outro de

---

critério da Súm. 9: reajuste do salário-de-benefício do auxílio-doença pelo índice de reajuste anual dos benefícios mais a correção do mesmo valor pelo índice de correção dos salários-de-contribuição.

21 Idem, 1997, p. 43.

duvidosa razoabilidade (a mesma conclusão se imporia se o entendimento do Poder Executivo e o dos demandantes fossem igualmente razoáveis).

Nesse diapasão, também deve ser sopesado o princípio da legitimidade dos atos administrativos e a orientação exegética no sentido de que:

Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. *Oportet ut res plus valeat quam pereat.*<sup>22</sup>

#### 2.4 RESPEITO A ATO JURÍDICO PERFEITO E NECESSIDADE DE PRÉ-VIA FONTE DE CUSTEIO

Tem especial relevância - haja vista a importância impar do julgamento histórico proferido pelo C. STF em 08/02/2007 nos autos dos Recursos Extraordinários de n. RE-416827/SC e RE 415454/SC - duas ordens de ofensa à Constituição claramente levadas a efeito pela Súm. 9 da Eg. TRSC e acerca das quais se passa a expor.

A tese veiculada nas ações revisionais de que se cuida implica que também os benefícios concedidos antes da entrada em vigor da Lei 9.876/99 devam ser revistos de acordo com o critério da Súmula 9. Esse entendimento, por implicar revogação *retroativa* (pela Lei 9.876/99) do *caput* do art. 29 da Lei 8.213 em sua redação original - redação literalmente expressa no sentido de que o período básico de cálculo (PBC) da aposentadoria por invalidez encerrava-se no mês anterior ao do afastamento da atividade -, configura evidentemente violação ao princípio *tempus regit actum* e ao preceito constitucional que protege o ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI).

Já quando aplicada aos benefícios posteriores à Lei 9.876/99, a tese das revisionais em comento afronta diretamente o disposto no art. 195, parágrafo 5º, da Constituição, haja vista que não pode o Estado criar, majorar ou estender direito previdenciário sem a correspondente previsão legal expressa de sua fonte de custeio total. *Ressalte-se que a Lei 9.876/99 não previu recursos para o pagamento da obrigação que, segundo os autores de tais ações, caberia ao INSS/Poder Executivo adimplir.*

<sup>22</sup> MAXIMILIANO, op. cit., p. 307.

Logo, a pretensão em análise, por fundar-se na tese da aplicação da lei nova mais benéfica e contrariar também a necessidade de prévia fonte de custeio total, contraria jurisprudência pacífica do C. STF, assentada definitivamente no julgamento dos *Recursos Extraordinários n. 416827/SC e RE 415454/SC* (DJU, n. 33, p. 18-19, DE 15/02/2007)<sup>23</sup>.

## 2.5 OFENSA À ISONOMIA

O *princípio da isonomia* (art. 5º, caput, e art. 201, parágrafo 1o, da Constituição) aparece ao lado do *princípio da previsão da fonte de custeio total* secundando o entendimento do Executivo expresso no art. 36, §7º, do Decreto 3048/99. Nesse sentido, expôs a sentença proferida nos autos de n. 2006.70.51.003668-9, em trâmite perante a 2ª Vara do Juizado Especial Federal Cível de Londrina:

Se for consagrada a tese da parte autora, então o segurado que for aposentado por invalidez decorrente de conversão de auxílio-doença anteriormente concedido fará jus a um benefício de maior valor do que aquele que foi, de imediato, aposentado por invalidez. No caso concreto, penso que não existe fundamento jurídico ou moral para tratamento desigual entre iguais (art. 5o da Constituição Federal). Um e outro segurado, se tiveram salários-de-contribuição idênticos, bem como idênticas as demais variáveis de cálculo, devem ter resultado de igual valor de benefício de aposentadoria por invalidez.

23 Destaca-se da ementa do RE 416827/SC:

EMENTA: [...]

8. Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5o, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados (...).

9. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5o). Precedente citado: RE no 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980.

[...]

12. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3o, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5º). [...]

13. Considerada a atuação da atuarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37).

14. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei no 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor. [...]

## 2.6 PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL DOS BENEFÍCIOS

A preservação do valor real dos benefícios é prevista nos seguintes termos no parágrafo 4o do art. 201 da Constituição: “§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.”

De acordo com o mencionado preceito constitucional, não se pode pretender estar incorreto o procedimento de cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez por entender, o aplicador do direito, que critérios diversos do legal preservariam o valor real do benefício, tais como a vinculação a determinado índice inflacionário escolhido pelo intérprete ou a suposta necessidade de vinculação aos eventuais aumentos concedidos à categoria profissional do segurado<sup>24</sup>.

Ademais, o critério utilizado pela Previdência Social não causa prejuízo algum ao segurado, não importando em concessão de benefício com o valor defasado, uma vez que ao converter o auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, o INSS toma como parâmetro para o reajuste a data de início do benefício (DIB) anterior, como o demonstra o teor do disposto no art. 97, parag. 1º, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 11/2006, que diz: “*No caso de benefício precedido, para fins de reajuste, deverá ser considerada a DIB anterior*”<sup>25</sup>.

Também não é correto supor que o disposto no art. 201, parágrafo 3º, da Constituição, dá amparo à pretensão de que sejam considerados salários-de-contribuição os valores recebidos a título de auxílio-doença anterior à aposentadoria. Isso porque, de acordo com o mencionado preceito constitucional, o novo benefício de aposentadoria por invalidez será concedido computando-se os valores dos salários-de-contribuição que antecedem o benefício, corrigidos. *Ocorre que os valores do auxílio-doença que antecede a aposentadoria não são salários de contribuição.* Assim, por força do art. 201, parágrafo 3º, da

24 PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCLUSÃO DE REAJUSTES SALARIAIS. No cálculo de aposentadoria por invalidez decorrente de transformação de auxílio-doença, não são computáveis os reajustes salariais porventura concedidos à categoria profissional do segurado no período em que este esteve em gozo de auxílio-doença, visto que o empregado em gozo de auxílio-doença é considerado licenciado da empresa (CLPS/84, art. 28). O salário-de-benefício da aposentadoria é o mesmo calculado para o auxílio-doença, tomando-se por base os salários de contribuição anteriores ao afastamento da atividade. Remessa oficial provida para julgar improcedente a ação.” (REO AC 1999.04.01.089588-3/RS - 6ª Turma do TRF-4ª Região, Relator Juiz João Surreaux Chagas, data do julg. 14/12/1999).

25 Disposição reiterada nos mesmos termos no art. 200, § 1º, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06/08/2010.

Constituição, tais valores não devem ser computados no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez. O entendimento diverso, por consistir em interpretação equivocada do art. 201, § 3º, *resta por afrontar esse dispositivo, que preceitua: “Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)”*.

Estando o entendimento administrativo em conformidade com o art. 201, parágrafo 3º e 4º, da Constituição, resulta que alegação da preservação do valor real como fundamento para a manutenção do entendimento consubstanciado na Súmula 9 da Eg. TRSC viola os mencionados dispositivos, *uma vez que determina a aplicação, para a preservação do valor real do benefício, de critério diverso do definido em lei.*

### 3 PERSPECTIVA POLÍTICO-SOCIOLÓGICA

A previdência social foi uma das mais importantes bandeiras de luta dos trabalhadores durante todo o Século XX<sup>26</sup>. O direito à previdência, como os demais direitos e instituições, está constantemente sujeito a diversas forças políticas, existindo grupos políticos contrários à existência da Previdência Pública, seja porque seus interesses com ela colidem diretamente ou por não verem nela importância alguma, considerando-a unicamente uma fonte de despesas que deve ser eliminada.

Compete ao Poder Judiciário brasileiro salvaguardar o direito social à previdência, dando às leis a interpretação que mais se coaduna com a sobrevivência e melhora do sistema de seguridade<sup>27</sup>. Esse mister passa também por serem julgadas improcedentes pretensões de concessão de benefícios ou aumentos em seu valor em descompasso com a legislação previdenciária interpretada da maneira mais completa possível, com a utilização das aquisições teóricas da Ciência Hermenêutica. Essas aquisições, aliás, também precisam ser criticadas e utilizadas com cautela, sob pena de incorrer-se em resultados jurídico-políticos não desejáveis.

Nesse diapasão, basta mencionar um fato histórico.

26 Cf. HOBSBAWN, Eric J. *Era dos Extremos: O Breve Século XX*. São Paulo: CIA das Letras, 2000. p. 97/100.

27 Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa, ao deferir liminar em Reclamação Constitucional proposta pelo INSS: “É de se ressaltar, outrossim, que não se está aqui simplesmente a defender o patrimônio da autarquia ré. Isso porque, antes de pertencer à pessoa jurídica da administração descentralizada do Estado, trata-se de patrimônio pertencente a todos os que contribuem para o Sistema de Seguridade e que se encontram por ele protegidos.”(Reclamação n. 3237, DJ Nr. 73 - 18/04/2005)

Em passado não muito longínquo, a escola hermenêutica do *Direito Livre* (*Freie Rechtsschule*), preconizando que a interpretação jurídica deveria seguir as aspirações populares, não obstante *contra legem*, veio a ser acolhida nos piores totalitarismos de “direita” e “esquerda” no Século XX<sup>28</sup>. O desprezo desses regimes à lei foi tamanho que o regime nacional-socialista na Alemanha sequer se deu ao trabalho de revogar a Constituição de *Weimar* e o Código Penal então vigente<sup>29</sup>, não obstante o próprio Estado, não apenas em atos isolados, mas sistematicamente, tenha se tornado um Estado criminoso<sup>30</sup>.

#### 4 PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

##### 4.1 ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA CATARINENSE. RECONHECIMENTO DE EQUÍVOCO NO ENTENDIMENTO QUE LEVOU À EDIÇÃO DA SÚMULA DE N. 09

No tocante à jurisprudência, é relevante mencionar que na Primeira Instância da Justiça Federal catarinense passaram a surgir julgados em aberta divergência ao entendimento exposto na Súmula de

28 Sobre o Direito Livre, conclui HESPANHA:

Mas este decisionismo, que identifica os valores jurídicos como produtos de uma afirmação (proposição) política deu também cobertura à teoria jurídica do nazismo e do fascismo, bem como do estalinismo, para os quais o direito, mais do que uma ordem racional, é uma manifestação de vontade e um instrumento de poder (HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 408).

Também, não por acaso, o maior representante do normativismo jurídico, o jusfilósofo Hans Kelsen, foi perseguido não só pelo Estado alemão como por um dos maiores corifeus da Escola do Direito Livre: Carl Schmitt [...] organizou, em 1936, uma conferência sobre “A judiaria e o direito alemão”, onde, para além de enaltecer o “magnífico combate” de Julius Streicher, delegado de Hitler para a questão judaica e condenado à força por crimes de guerra no Tribunal de Nuremberg, fez aprovar uma moção no sentido de omitir qualquer referência a acadêmicos judeus. Numa série de seis volumes destinados a identificar as nefastas influências da “judiaria” sobre o direito alemão, era expressamente assinalada a origem judaica de Hans Kelsen, o que explicaria o caráter abstruso da sua teoria pura. Quando a Faculdade de Direito de Colônia pediu, em 1933, que Kelsen fosse poupado à política de arianização do direito, Schmitt agiu em conformidade com seu anti-semitismo, tendo sido o único professor a recusar-se a assinar a petição. (HESPANHA, Id., 2005. p. 470)

Para não ser assassinado, Kelsen refugiou-se na Tchecoslováquia e, depois, nos EUA.

29 Eis por que não se deve imaginar ser o método gramatical de interpretação o preferido pelos regimes totalitários. Esses, por incrível que possa parecer (apesar de não parecer), preferiram, historicamente, associar-se às tendências sociológicas e contra legem (v. Carl Schmitt e a Escola do Direito Livre).

30 Conforme ARENDT: “[...] os nazistas nunca tinham se dado ao trabalho de reescrever o código penal, assim como nunca tinham se dado ao trabalho de abolir a Constituição de Weimar. Mas o descuido era apenas aparente; pois o governante totalitário percebe cedo que todas as leis, inclusive aquelas que ele próprio decreta, vão impor certas limitações ao seu poder, do contrário ilimitado”. (ARENDDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 313.).

n. 09 da Eg. TRSC. Dentre estes, cita-se a íntegra da seguinte decisão proferida nos autos de n. 2006.72.58.000080-9 em 18/10/2006 por nobre Juiz Federal que, tendo atuado na feitura da Súmula referida, reconheceu expressamente que sua confecção deveu-se a óbvio equívoco:

A redação original do *caput* do artigo 29 da Lei n. 8.213/1991 dispunha que “[o] *salário-de-benefício* consiste na *média aritmética simples* de todos os *últimos salários-de-contribuição* dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, *até o máximo de 36 (trinta e seis)*, apurados em período não-superior a 48 (*quarenta e oito*) meses” (grifei).

Esta regra se aplica, sem dúvida, à aposentadoria por invalidez derivada de auxílio-doença. Nestes casos, como regra geral, não há novo requerimento [trata-se de procedimento de ofício] e também não há outra data de afastamento da atividade. Por causa disso, os salários-de-contribuição utilizados para o cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria *têm que ser* os mesmos já utilizados para o cálculo do auxílio-doença.

A única diferença, portanto, consiste no valor máximo da renda mensal inicial: 92% contra 100% do salário-de-benefício.

Nestas condições, não é ilegal o § 7º do artigo 36 do Decreto n. 3.048/1999, cujo texto é o seguinte: “[a] *renda mensal inicial* da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença *será de cem por cento* do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da *renda mensal inicial* do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral”.

*A situação permanece inalterada, mesmo após a edição da Lei n. 9.876/1999.*

*Aqui, portanto, devo fazer mea-culpa, pois aprovei o texto da Súmula n. 9 da Turma Recursal [Na fixação da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença deve-se apurar o salário-de-benefício na forma do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91] – que, obviamente, representa um equívoco.*

Rejeito a pretensão. Defiro a gratuidade. Após o trânsito em julgado, arquivem-se. (Grifos nossos)

Repita-se, portanto: O precedente acima foi proferido por preclaro magistrado que integrava a TRSC e que participou da Edição da Súmula

de nº 09, reconhecendo o nobre julgador que a aprovação da referida Súmula “*obviamente, representa um equívoco*”<sup>31</sup>.

## 4.2 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Nos tribunais superiores, a jurisprudência veio a firmar-se, em decisões proferidas por unanimidade de votos tanto pelo Superior Tribunal de Justiça como pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da legalidade e constitucionalidade do disposto no art. 36, §7º, do Decreto 3048/99.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência ao julgar por unanimidade os incidentes de uniformização contra decisões da Turma Nacional de Uniformização dos JEFs veiculados por meio da Petição (PET) 7108 e PET 7109/RJ<sup>32</sup>.

O Supremo Tribunal Federal deu provimento a Agravo de Instrumento (AI 703258) interposto contra decisão de inadmissão de Recurso Extraordinário pela TRSC, converteu-o no RE 583834 e, em 21/09/2011, por unanimidade, deu provimento ao recurso extraordinário com repercussão geral, que veiculara a tese de defesa aqui exposta.<sup>33</sup>

---

31 Esse fato do reconhecimento de óbvio equívoco na confecção da Súm. 9, por um dos juízes que a editaram, não poderia deixar de ser realçado na estratégia de defesa da AGU nessas demandas e, com efeito, recebeu amplo destaque nas peças que veicularam a tese abordada neste estudo.

32 PETIÇÃO nº 7108 - RJ (2009/0041519-6), Rel. Min. Félix Fischer, j. 07/04/2009, DJE, 16/04/2009; PETIÇÃO nº 7109 - RJ (2009/0041522-4), Rel. Min. Félix Fischer, j. 06/04/2009, DJE, 16/04/2009.

33 RE 583834, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 21/09/2011; DJE nº 32, publicado em 14/02/2012; trânsito em julgado em 24/02/2012. Devido à grande riqueza do acórdão em comento, tanto em forma como em conteúdo, citam-se os seguintes trechos de votos proferidos:

Ministro Ayres Britto (Relator):

Prossigo para dizer que a Lei nº 9.876/1999 não inovou a ponto de autorizar a aplicação do § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 ao caso. [...] Ora, a lei não poderia ser mais enfática e rimada com o princípio contributivo inscrito no art. 201 da Magna Carta. Até porque, somente diante de uma situação razoável poderia ela, a lei, instituir tempo de contribuição ficto. Mesmo assim, por meio de norma expressa, como é o caso da aposentaria por invalidez precedida de atividade entremeada com períodos de enfermidade, conforme o inciso II do art. 55 da Lei de Benefícios;

Ministro Luiz Fux: “Fazer contagem de tempo ficto é totalmente incompatível com o equilíbrio financeiro e atuarial.”;

Ministro Ricardo Lewandowski: “Senhor Presidente, considerando o regime contributivo da previdência Social no Brasil, a impossibilidade de contar-se, na espécie, qualquer tipo de contribuição ficta e também considerando a inviabilidade da retroação da lei para atingir fatos pretéritos, inclusive sob pena de quebra do princípio da isonomia entre os segurados, acompanho integralmente o Relator”;

Ministro Marco Aurélio:

Presidente, a premissa básica surge única: o sistema é contributivo.

As atuais 1ª e 2ª Turmas Recursais de JEFs de Santa Catarina curvaram-se ao entendimento do c. STF. Porém, em 22/08/2012, a Presidência da 2ª Turma Recursal decidiu admitir recursos extraordinários interpostos pelos autores nos processos 5006946-72.2011.404.7208/SC e 5006953-64.2011.404.7208/SC, ao argumento de que “A questão merece ser resolvida categoricamente pela Suprema Corte, a fim de por fim a controvérsia acerca da aplicação, ou não, do entendimento firmado no julgamento do supracitado RE aos benefícios concedidos quando da vigência da Lei n.º 9.876/99”.

Em conformidade com o julgamento proferido no RE 583834 (cuja própria ementa fora expressa em afirmar: “*Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99*”), o Colendo Supremo Tribunal Federal negou seguimento a ambos os recursos extraordinários, que foram processados naquela corte sob os números 717.776 (julgado em 31/05/2013, Relatora Ministra Rosa Weber) e 717.777 (julgado em 31/10/2012, Relator Ministro Luiz Fux), os quais transitaram em julgado, respectivamente, em 27/06/2013 e 22/11/2012.

Está a adequar-se o posicionamento dos demais órgãos judiciais à jurisprudência pacificada nos tribunais superiores, como o demonstra o decidido pelo Tribunal Regional da 4ª Região ao julgar as apelações interpostas nas ações civis públicas 5007270762820114047000/PR e 50012083320114047102/RS, movidas pela Defensoria Pública da União contra o INSS.<sup>34</sup>

Mais recentemente, em 11/12/2013, o Superior Tribunal de Justiça ratificou sua jurisprudência sobre a matéria, confirmando acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região, ao julgar, também por unanimidade,

---

Em que pese à redação um tanto quanto confusa, sob o ângulo vernacular, do § 5º do artigo 29 em jogo, divido-o em duas partes: a primeira relativamente à consideração do tempo, no que se mencionou no preceito: “sua duração será contada”; a segunda alusiva ao salário de contribuição. Apesar da redação, o que se tem? Um preceito que somente pode ser interpretado à luz da Constituição, não cabendo a inversão de valores. E constatamos que há referência à consideração, como salário de contribuição, no período – do benefício, do auxílio, portanto, doença –, ao de benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal. Por que se remete àquele salário de contribuição? Porque, durante o auxílio, não há contribuição. Qual seria o milagre para encontrar-se valor diverso a nortear aquele que é próprio à aposentadoria? Dificilmente conseguiria defini-lo. Não há ficção jurídica criando – e teria sérias dúvidas quanto à constitucionalidade dessa ficção jurídica, se existisse – um hipotético salário de contribuição. O Decreto não extravasou o que contido na Lei. [grifos do autor]

34 Apelação/Reexame necessário nº 5007270762820114047000/PR, 5ª T., Relator Des. Federal Rogério Favreto, unânime, j. 5.12.2012. No mesmo sentido: Apelação/Reexame necessário nº 50012083320114047102/RS, j. 5.12.2012.

em sede de recurso representativo de controvérsia (sistemática do art. 543-C, do CPC), o REsp 1410433.<sup>35</sup>

## 5 CÔMPUTO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE PARA CARÊNCIA - A SÚMULA 73 DA TNU

Outra relevante demanda revisional previdenciária veio a sofrer o influxo da torrente jurisprudencial formada nos tribunais superiores acerca das revisionais do art. 29, §5º, da Lei 8.213/91: Trata-se das demandas em que se pretende o cômputo do período de recebimento de benefícios por incapacidade para fins de carência.

Tal influxo deve levar à improcedência também dessas revisionais. Por ora, contudo, contra ele formou-se corrente jurisprudencial que lhe dá aplicação mínima apenas para reconhecer o requisito de ser intercalado com efetivas contribuições o tempo de recebimento de benefício por incapacidade. Tal aplicação mínima consiste, em verdade, em contrariar a jurisprudência sobre o art. 29, §5º. É o que se passa a demonstrar.

Decidiu o Eg. TRF da 4ª Região ao julgar, em 18/08/2010, a ação civil pública 2009.71.00.004103-4:

Segundo a interpretação dada pelo e. STJ, o art. 29, § 5º, da Lei de Benefícios [...] só tem aplicação no caso do art. 55, II, da mesma Lei, ou seja, quando aquele benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) for sucedido por algum período de contribuição, de forma a se tornar intercalado entre dois períodos contributivos. [...]

35 STJ, REsp 1.410.433, Primeira Seção, unânime, julgado em 11/12/2013, DJE: 18/12/2013. Colhe-se da ementa do acórdão:

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal são unânimes em reconhecer a legalidade da apuração da renda mensal inicial – RMI dos benefícios de aposentadoria por invalidez oriundos de auxílio-doença.
2. Nos termos do disposto nos arts. 29, II e § 5º, e 55, II, da Lei 8.213/91, o cômputo dos salários-de-benefício como salários-de-contribuição somente será admissível se, no período básico de cálculo – PBC, houver afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária.
3. A aposentadoria por invalidez decorrente da conversão de auxílio-doença, sem retorno do segurado ao trabalho, será apurada na forma estabelecida no art. 36, § 7º, do Decreto 3.048/99, segundo o qual a renda mensal inicial - RMI da aposentadoria por invalidez oriunda de transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.
4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

Assim, entendo possível a consideração dos períodos em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, para fins de carência, desde que intercalados com períodos de trabalho efetivo, ou de efetiva contribuição. [...] deve a ação ser julgada parcialmente procedente para o fim de afastar as disposições contidas no inciso II do artigo 64 da Instrução Normativa INSS/PRES n. 20/2007, devendo prevalecer o disposto nos artigos 55, II, c/c com 29, § 5º, da Lei 8.213/91, bem como o artigo 60, III, do Decreto 3.048/99, possibilitando-se, conforme já salientado, o cômputo, para fins de carência, dos períodos de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, desde que intercalados com períodos de efetivo trabalho ou contribuição, nos termos do atual entendimento do STJ acima referido. [6ª Turma, publicado no D.E de 30/08/2010].

Em cumprimento à decisão proferida na mencionada ACP, o INSS editou o Memorando-Circular Conjunto nº 34 DIRBEN/DIRAT/PFEINSS, de 24/07/2012, e, mais recentemente, o Memorando-Circular Conjunto nº 11 DIRBEN/DIRAT/PFEINSS, de 27/03/2014, os quais estabelecem orientações administrativas para que, nacionalmente, a Autarquia considere os benefícios por incapacidade, entre períodos de atividade, para fins de carência<sup>36</sup>.

Em 13/03/2013, editou a TNU sua súmula de jurisprudência de nº 73, com o seguinte teor:

O tempo de gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez não decorrentes de acidente de trabalho só pode ser computado como tempo de contribuição ou para fins de carência quando intercalado entre períodos nos quais houve recolhimento de contribuições para a previdência social.

A aludida súmula refere que somente o tempo intercalado com períodos nos quais houve recolhimento de contribuições contaria como carência. Assim entendendo, a súmula aparenta estar em conformidade com a jurisprudência sobre o art. 29, §5º da Lei 8.213. Contudo, a conformidade, como dito, é meramente aparente.

---

36 No que tange a providências recursais, o INSS, por meio da Procuradoria Regional Federal da 4ª Região, interpôs embargos de declaração contra o acórdão proferido na ACP 2009.71.00.004103-4 (suscitando a necessidade de distinguirem-se tempo de serviço e carência), seguidos por Recurso Especial e Recurso Extraordinário, os quais tiveram seu processamento admitido pelo Vice-Presidente do TRF da 4ª Região em 23/03/2011. Em consequência, os autos foram digitalizados e encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça em 09/08/2011, tramitando em sua 6ª Turma sob o número 2011/0191760-1 (REsp nº 1271928 / RS), conclusos para julgamento em 09/04/2014.

Com efeito, o art. 29, § 5º autoriza seja computado como salário-de-contribuição o salário-de-benefício do auxílio-doença quando o período de recebimento de tal benefício possa ser contado como tempo de serviço, nos termos do art. 55, II, da Lei 8.213/91. Mas essas disposições não autorizam que o mesmo período seja computado como período de carência, o qual é definido nos seguintes termos pela mesma lei:

Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.

Vê-se, portanto, que a Súmula 73 dá à exceção prevista no art. 29, §5º da Lei 8.213/91 (considerar-se salário-de-contribuição o salário-de-benefício do auxílio-doença quando intercalado com atividade) interpretação ampliativa, mas tão ampla (com o perdão da redundância) que chega a afrontar o instituto previdenciário da carência a ponto de negar-lhe existência. E como visto aqui, a tese acolhida pelos tribunais superiores pugnara expressamente no sentido de não se poder atribuir interpretação ampliativa a tal exceção.

Por outro lado, a Súmula 73 da TNU, ao permitir o cômputo de benefícios por incapacidade para fins de carência cria contribuições fictas<sup>37</sup>. E o faz confundindo os conceitos de tempo de serviço (ou tempo de contribuição) e período de carência do benefício<sup>38</sup>.

37 O que contraria a jurisprudência sobre o art. 29, §5, como o demonstra lapidarmente a citação das palavras do Ministro Marco Aurélio ao proferir voto no RE 583834: “durante o auxílio, não há contribuição. Qual seria o milagre para encontrar-se valor diverso a nortear aquele que é próprio à aposentadoria? Difícilmente conseguiria defini-lo. Não há ficção jurídica criando – e teria sérias dúvidas quanto à constitucionalidade dessa ficção jurídica, se existisse – um hipotético salário de contribuição.”

38 Também se fundam na identificação entre tempo de contribuição e carência a já citada decisão na ACP 2009.71.00.004103-4, bem como o decism adiante, cuja ementa cita o art. 60, III, do Decreto 3048, o qual, contudo, dispõe sobre contagem de tempo de contribuição, e não sobre carência: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. PERÍODO DE GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA. CÔMPUTO PARA FINS DE CARÊNCIA. CABIMENTO.

1. É possível a contagem, para fins de carência, do período no qual o segurado esteve em gozo de benefício por incapacidade, desde que intercalado com períodos contributivos (art. 55, II, da Lei 8.213/91). Precedentes do STJ e da TNU.
2. Se o tempo em que o segurado recebe auxílio-doença é contado como tempo de contribuição (art. 29, § 5º, da Lei 8.213/91), consequentemente, deve ser computado para fins de carência. É a própria norma regulamentadora que permite esse cômputo, como se vê do disposto no art. 60, III, do Decreto 3.048/99.
3. Recurso especial não provido. [STJ, REsp 1334467/RS, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, DJE 05/06/2013].

## 6 CONCLUSÃO

O Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, buscando expressar o real sentido da legislação, dispôs no § 7º do seu art. 36 sobre o método de cálculo do benefício decorrente de transformação, sem afrontar o § 5º do art. 29 da LBPS.

As vitórias da AGU na defesa dessa conclusão denotam a relevância da adoção de estratégia nacional uniforme, contando com a confecção de tese de defesa unificada e sua adaptação para utilização desde a contestação até recursos perante os tribunais superiores.

As decisões judiciais que determinam o cômputo de períodos de benefícios por incapacidade para fins de carência afrontam nitidamente a jurisprudência sobre o art. 29, §5º da Lei 8.213/91, uma vez que interpretam ampliativamente disposições excepcionais, para criar período de contribuições ficto, atentando contra o princípio contributivo, a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBSBAWN, Eric J. *Era dos Extremos: O Breve Século XX*. São Paulo: CIA das Letras, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.