
A LIMITAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE PELO ANEXO III DO DECRETO N. 3.048/99: UMA ANÁLISE DE ACORDO COM OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR

Fernanda de Antoni
Procuradora Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 O auxílio-acidente; 1.1 Conceito; 1.2 Características e segurados aptos a receber o benefício; 1.3 Caráter indenizatório do benefício; 1.4 A indenização por acidentes do trabalho na legislação brasileira; 1.4.1 Lei n. 5.317/67: pecúlio e auxílio-acidente; 1.4.2 Lei n. 6.367/76: Auxílio-suplementar e Auxílio-acidente; 1.4.3 Lei n. 8.213/91 e alterações posteriores; 1.4.4 Decreto n. 3048, de 06 de maio de 1999; 2 O poder regulamentar; 2.1 Conceito e aspectos gerais; 2.2 O regulamento autônomo no direito brasileiro; 2.3 Limites do poder regulamentar diante do Princípio da Legalidade; 2.4 Controle dos atos regulamentares e omissão de regulamentação; 2.5 Apontamentos sobre discricionariedade técnica e formas de controle judicial; 3 O anexo III do Decreto n. 3.048/99 à luz do poder regulamentar; 3.1 O auxílio-acidente no regulamento da Previdência Social; 3.2 Anexo III do Decreto n. 3.048/99: rol taxativo ou exemplificativo?; 3.3 O Parecer n. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU: mudança de entendimento na seara administrativa; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo analisa a limitação das hipóteses de concessão do auxílio-acidente pelo Decreto n. 3.048/99 diante dos limites do poder regulamentar. Através de revisão bibliográfica, bem como jurisprudencial, ponderaremos se o artigo 104 do Decreto n. 3.048/99, ao delimitar as hipóteses de concessão de auxílio-acidente àquelas Previstas no Anexo III, de fato excedeu os limites do poder regulamentar, uma vez que o Anexo III pode ter gerado uma restrição indevida de caráter primário aos direitos dos segurados, o que somente poderia ser estipulado por lei, já que o artigo 86 da Lei n. 8.213/91, que estabelece os requisitos para o benefício, não fez qualquer menção de delimitação. Ainda, estudaremos a relação entre discricionariedade técnica e a atuação da perícia médica do INSS nos casos de concessão do auxílio-acidente, especialmente após a edição do Parecer N. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU. Referido parecer, coadunando-se com a jurisprudência e doutrina majoritárias, alterou o entendimento da Administração, passando a elencar o rol do Anexo III do Regulamento da Previdência Social como exemplificativo, não mais taxativo. Assim, vislumbra-se a possibilidade de maior concessão de benefícios na seara administrativa, uma vez que a perícia médica do INSS deve apenas buscar verificar se o caso do segurado se enquadra no artigo 86, uma vez que a relação do Anexo III do Decreto n. 3.048/99 não pode ser vista como exaustiva, já que restringe o direito dos segurados de forma demasiada e não permitida pelo artigo legal que estabelece os requisitos do benefício.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílio-Acidente. Delimitação das Hipóteses de Concessão. Limites do Poder Regulamentar. Discricionariedade Técnica.

ABSTRACT: The present study analyses the limitation of the hypotheses of granting worker's compensation by Decree n. 3.048/99 facing the limits of regulatory power. Through bibliographic as well as judicial revision, we shall examine if the article 104 of Decree n. 3.048/99, by defining the hypotheses of granting worker's compensation set out in Annex III, in fact exceeded the limits of regulatory power, since Annex III may have generated an inadmissible impediment of primary character to the rights of the insured, which could only be stipulated by law, since article 86 of Law n. 8.213/91, which establishes the requisites for the benefit, did not make any mention of delimitation. What's more, we will study the relation between technical discretion and the actions of the medical examination of the INSS in the cases of granting worker's compensation, especially after the edition of Opinion N. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU. The above opinion, being in line with the majoritarian case law and doctrine, altered the understanding of the Administration, listing the roll of Annex III of the Regulation of Social Welfare as an example and not as adamant any more. This way, the possibility of greater granting of benefits is visible in the administrative sphere, since the INSS medical examination

should only seek to verify if the case of the insured fits in article 86, since the relation of Annex III of Decree n. 3.048/99 cannot be seen as exhaustive because it limits the right of the insured too much and it is not allowed by the legal article that establishes the requisites of the benefit.

KEYWORDS: Worker's Compensation. Definition of Granting Hypotheses. Limits of Regulatory Power. Technical Discretion.

INTRODUÇÃO

O benefício de auxílio-acidente, previsto no artigo 86, caput, da Lei n. 8.213/91, deve ser concedido ao segurado que, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, fique com sequelas que reduzam sua capacidade para o trabalho habitual.

O artigo 104 do Decreto n. 3.048/99, por sua vez, traz o mesmo conceito, mas delimita a concessão do benefício às situações previstas no Anexo III do próprio Decreto.

Tal delimitação não é admitida pela doutrina e nem pela jurisprudência majoritárias, que classificam o rol do Anexo III de meramente exemplificativo. No entanto, a seara administrativa entende que o rol é taxativo, e somente concede o benefício em suas estritas hipóteses, causando um crescente volume de demandas judiciais tendo em vista a discrepância de entendimentos.

Os tribunais brasileiros justificam o seu posicionamento afirmando que a Administração Pública, ao regulamentar a concessão do auxílio-acidente, não observou os limites regulamentares, extrapolando-os, já que a legislação previdenciária não delimita as hipóteses de concessão àquelas previstas em regulamento.

Já a Administração Pública defende a aplicação do Decreto n. 3.048/1999, Anexo III, uma vez que sua atuação está atrelada ao princípio da legalidade estrita, não podendo conceder benefícios previdenciários fora das hipóteses legalmente admitidas sob pena de ferir a Constituição Federal.

Neste estudo pretendemos, sem esgotar o tema, analisar se o artigo 104 do Decreto n. 3.048/99, ao delimitar as hipóteses de concessão de auxílio-acidente àquelas previstas no Anexo III, de fato excedeu os limites do poder regulamentar, diante da sua evidente relevância na esfera jurídica e também para os cofres públicos, face aos prejuízos que podem vir a ser causados aos segurados da Previdência Social, de um lado, e ao INSS, de outro.

Neste contexto, o presente estudo abrangerá, no Capítulo I, uma análise sobre o conceito e requisitos do auxílio-acidente, bem como um apanhado histórico sobre a indenização decorrente do acidente de trabalho na legislação brasileira. No Capítulo II tratar-se-á do poder regulamentar, conceito e limites diante do princípio da legalidade, bem como a sua relação com a discricionariedade técnica. Por fim, no Capítulo III, será examinada

a validade das limitações de hipóteses de concessão de benefício de auxílio-acidente previstas no Anexo III do Regulamento da Previdência Social.

1 O AUXÍLIO-ACIDENTE

1.1 Conceito

Até o advento da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, as legislações previdenciária e acidentária eram veiculadas por diplomas distintos. Os benefícios acidentários eram regidos pela Lei n. 5.317/67 e, posteriormente, pela Lei n. 6.367/76, enquanto os benefícios previdenciários eram regidos pela chamada Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, Lei n. 3.807/1960. Com a chamada Lei do Regime Geral de Previdência Social (Lei do RGPS, n. 8.213/91), a legislação previdenciária e acidentária foi unificada em um mesmo diploma legal.

O benefício de auxílio-acidente, hoje previsto no artigo 86 da Lei n. 8.213/91 (Lei do RGPS), é uma indenização paga pela Previdência Social àqueles segurados que tem sua capacidade laborativa reduzida em virtude de acidente de qualquer natureza, após a consolidação das lesões.

Tal benefício não pode ser confundido com o auxílio-doença. De acordo com Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari¹:

Não há porque confundi-lo com o auxílio-doença: este somente é devido enquanto o segurado se encontra incapaz, temporariamente, para o trabalho; o auxílio-acidente, por seu turno, é devido após a consolidação das lesões ou perturbações funcionais de que foi vítima o acidentado, ou seja, após a “alta médica”, não sendo percebido juntamente com o auxílio-doença, mas somente após a cessação deste último – Lei do RGPS, art. 86, § 2º.

Diante do acima exposto, verifica-se que o auxílio-doença é concedido no período de convalescência, ou seja, quando ocorrida a lesão, o segurado que permanece temporariamente incapaz terá direito a este benefício até que se recupere. Após a consolidação da lesão, ou seja, após o período de convalescência, se restaram sequelas que reduzem a capacidade laborativa específica, o benefício a ser concedido é o auxílio-acidente.

Em seu artigo 86, originalmente, o benefício de auxílio-acidente somente era devido nos casos de acidente do trabalho, como nas redações das Leis que antecederam a Lei n. 8.213/91. Apenas com o advento da Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, que a redação do artigo foi modificada para que o benefício de auxílio-acidente abarcasse a redução da capacidade oriunda de lesões de “acidentes de qualquer natureza”, e não somente de acidente de trabalho.

1 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 671.

Vale dizer, por fim, que o acidente de qualquer natureza, causa da concessão do presente benefício, está conceituado no parágrafo único do artigo 30 do Decreto n. 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social – RPS):

Parágrafo único. Entende-se como acidente de qualquer natureza ou causa aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos e biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda, ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa.

1.2 Características e segurados aptos a receber o benefício

O auxílio-acidente é um benefício que apresenta certas peculiaridades em relação aos demais benefícios da Previdência Social, sendo a principal delas o seu caráter indenizatório, não substitutivo de renda, o que será analisado mais detidamente no item a seguir.

A renda mensal do auxílio-acidente, atualmente, é de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício. Note-se que a renda mensal do auxílio-acidente foi alterada com a publicação da Lei n. 9.032, em 28/04/1995. Na redação original do artigo 86 da Lei do RGPS, a renda do auxílio-acidente variava entre 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) e 60% (sessenta por cento), conforme o § 1º, de acordo com o enquadramento nas hipóteses dos incisos I, II ou III do artigo (inciso I, 30%, inciso II, 40% e inciso III, 60%).

Há que se destacar ainda que, anteriormente à alteração legislativa efetuada pela Lei n. 9.032/95, o percentual era calculado ou sobre o salário-de-contribuição do dia do acidente ou sobre o salário-de-benefício. Atualmente, o percentual é aplicado exclusivamente sobre o salário-de-benefício, conforme determina o artigo 86, § 1º, na redação atual².

A concessão do auxílio-acidente independe de carência, conforme se verifica na redação do artigo 26, I, da Lei n. 8.213/91.

Uma particularidade importante do auxílio-acidente é a restrição aos segurados que estão aptos a receber o benefício.

O artigo 18, § 1º, da Lei n. 8.213/91, estabelece que o auxílio-acidente somente é devido ao segurado empregado, ao trabalhador avulso e ao segurado especial. O artigo 104 do Decreto n. 3.048/99 também é enfático neste sentido, ao referir que o auxílio-acidente será concedido “*ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial*”.

² O salário-de-contribuição e o salário-de-benefício são coisas distintas. Salário-de-contribuição é a base de cálculo das contribuições dos segurados, e está disciplinada na Lei n. 8.212/91 (Lei de Custeio da Previdência Social). Já o salário-de-benefício é a base de cálculo dos benefícios do RGPS. É “a média atualizada dos valores, sobre os quais o recolhimento estava autorizado, considerados no período de apuração, e cujo resultado servirá de importância básica para o estabelecimento da renda mensal inicial dos benefícios de prestação continuada” de acordo com Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior. As regras para aferição do salário-de-benefício se encontram nos artigos 28 a 32 da Lei n. 8.213/91 (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 133-134).

Diante do exposto, as demais categorias de segurados, destacando-se os contribuintes individuais, os facultativos e os empregados domésticos, não estão aptos a receber o benefício, mesmo que venham a se enquadrar na hipótese do artigo 86.

A questão é pacífica na jurisprudência. Citamos, por todos, os seguintes acórdãos:

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. INSS. AUXÍLIO-ACIDENTE. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. Consoante disciplina expressamente o § 1º do artigo 18 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, tem direito à percepção do benefício auxílio-acidente, nas hipóteses em que preenchidos os pressupostos do artigo 86 do mesmo diploma legal, o segurado empregado (art. 11, inciso I), o trabalhador avulso (art. 11, inciso IV) e o segurado especial (art. 11, inciso VII). O trabalhador autônomo, espécie de contribuinte individual, não se enquadra no dispositivo supra. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (TJRS. Apelação Cível Nº 70054002316, Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 15/05/2013)

PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-ACIDENTE - ART. 18, §1º DO CPC - SEGURADO NÃO EMPREGADO. DESCABIMENTO. I- O autor não faz jus à concessão do benefício de auxílio-acidente, nos termos do art. 18, §1º, da Lei nº 8.213/91, vez que estava filiado à Previdência Social, como contribuinte individual, à época da fixação do início de sua incapacidade laboral. II- Não há condenação do autor ao ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence) III- Remessa Oficial tida por interposta e Apelação do réu providas. (TRF3. AC 00081876520114039999, Décima Turma, Relator: Desembargador Federal Sergio Nascimento, e-DJF 30/05/2012)

Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior³ criticam a restrição de segurados aptos a receber o auxílio-acidente. Para os referidos autores, tal restrição somente era cabível até a modificação introduzida pela Lei n. 9.032/95, que estendeu a cobertura do benefício dos acidentes do trabalho para acidentes de qualquer natureza. A partir deste marco “*a limitação subjetiva torna-se difícil de ser justificada*”.

A nosso ver, o legislador fez uma opção ao restringir os segurados que tem direito a receber o auxílio-acidente, tendo em vista os princípios constitucionais da distributividade e seletividade, uma vez que tal benefício tem caráter indenizatório, e não substitutivo de remuneração. De acordo com o princípio da seletividade, o legislador pode selecionar as prestações previdenciárias disponibilizadas aos segurados e também quais segurados terão direito a que benefícios. Já pela distributividade, se elegem as necessidades que serão atendidas de forma prioritária. Conforme os próprios

3 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 318.

autores acima citados, a distributividade na seguridade social “*permitirá que determinadas prestações não sejam alcançadas a quem não tiver necessidade*”⁴.

Deste modo, os princípios da seletividade e da distributividade, veiculados no artigo 194, p. único, III, da Constituição Federal, embasam a escolha do legislador de restringir os segurados aptos a receber o benefício, tornando a restrição constitucional.

1.3 Caráter indenizatório do benefício

Diferentemente dos demais benefícios previdenciários, o auxílio-acidente não possui a característica de ser substitutivo da remuneração do segurado. O seu caráter é indenizatório ou complementar, pois o intuito do benefício é compensar financeiramente o segurado que sofreu acidente de qualquer natureza e, após a consolidação das lesões, restou com a sua capacidade laboral reduzida. Isso porque o segurado continua inserido no mercado de trabalho, muito embora com limitações.

O caráter indenizatório do benefício de auxílio-acidente é pacífico na jurisprudência pátria. Citamos, por todos, o seguinte julgado:

INSS. AUXÍLIO-ACIDENTE. RMI INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO INDENIZATÓRIO, QUE NÃO SUBSTITUI A RENDA DO TRABALHADOR. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL E SUSPENSÃO DE PROCESSOS IDÊNTICOS DETERMINADO PELO STF. SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO AFASTADO. Desproveram o apelo. Unânime. (Apelação Cível N° 70040162760, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 28/04/2011, grifos nossos)

Desta forma, o auxílio-acidente pode ser recebido cumulativamente com a remuneração do segurado.

Tendo em vista a sua natureza complementar, a renda do auxílio-acidente poderá ser inferior ao salário mínimo, não sendo necessária, no caso, a observância da regra do artigo 201, § 2º, da Constituição Federal: “*Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário-mínimo*”.

Neste sentido, explicita Marina Vasques Duarte⁵:

A renda mensal do auxílio-acidente pode ser inferior a um salário-mínimo, pois não se aplica a esse benefício a regra do valor mínimo de um salário, já que o objetivo não é substituir o rendimento do segurado, mas complementá-lo, indenizar a redução da capacidade laborativa.

A jurisprudência também acolhe o entendimento acima exposto:

4 Ibidem, p. 36.

5 DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 202.

PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. BENEFÍCIO DE AUXÍLIO SUPLEMENTAR. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DA LEI 8.213/91, ARTS. 86, § 1º, LEI 9.032/95.

- O benefício de auxílio-acidente não tem índole substitutiva salarial, sendo passível de aplicação em valor inferior ao mínimo, conforme determina o art. 40, do Decreto nº 2.172/97.

- A Lei 9.032/95 unificou o percentual do auxílio-acidente em 50% e sua incidência passou a ser calculada exclusivamente sobre o salário-de-benefício.

(STJ. REsp. 226.354-SC, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 01/08/2000.)

1.4 A indenização por acidentes do trabalho na legislação brasileira

1.4.1 Lei n. 5.317/67: Pecúlio e Auxílio-acidente

A Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, Lei n. 3.807/1960, não previa nenhuma espécie de benefício indenizatório por acidentes de trabalho.

Tal cobertura passou a existir após a Constituição Federal de 1967, com a promulgação da Lei n. 5.316, de 14/09/1967, que integrou o seguro de acidentes do trabalho na Previdência Social.

Nesta legislação, havia dois benefícios passíveis de concessão para acidentes do trabalho: pecúlio e o auxílio-acidente. A definição pela concessão de um ou de outro benefício se dava pelo percentual de redução da capacidade constatado, conforme os artigos 7º e 8º.

Se a redução permanente da capacidade para o trabalho fosse igual ou inferior a 25% (vinte e cinco por cento), haveria o pagamento de um pecúlio “*resultante da aplicação da percentagem da redução à quantia correspondente a 72 (setenta e duas) vezes o maior salário-mínimo mensal vigente no País na data do pagamento do Pecúlio*” (artigo 8º). Por outro lado, se a redução fosse superior a 25%, seria pago o auxílio-acidente, nos termos do artigo 7º:

Art. 7º A redução permanente da capacidade para o trabalho em percentagem superior a 25% (vinte e cinco por cento) garantirá ao acidentado, quando não houver direito a benefício por incapacidade ou após sua cessação, e independentemente de qualquer remuneração ou outro rendimento, um “auxílio-acidente” mensal, reajustável na forma da legislação previdenciária, calculado sobre o valor estabelecido no item II do art. 6º e correspondente à redução verificada.

A Lei n. 5.316/67 foi regulamentada pelo Decreto n. 61.784, de 28 de novembro de 1967. No que tange ao auxílio-acidente e ao pecúlio, o Decreto tratou basicamente do cálculo da renda de cada um dos benefícios, nos artigos 23 a 28. Não há, em seus artigos, delimitações de situações

fáticas que ensejariam a concessão de um ou outro benefício. Isso foi introduzido em legislação posterior, como veremos a seguir.

1.4.2 Lei n. 6.367/76: Auxílio-suplementar e Auxílio-acidente

Em 19/10/1976, foi promulgada a Lei n. 6.367, que extinguiu o pecúlio e inovou ao separar os benefícios indenizatórios em auxílio-suplementar ou auxílio-acidente.

De acordo com o artigo 6º daquele diploma legal, o auxílio-acidente era devido quando as lesões consolidadas importavam em supressão da capacidade para o exercício da atividade habitual (incapacidade total), mas com possibilidade de reabilitação para outra atividade.

Tal benefício era fixado no patamar de 40% do salário-de-contribuição do mês do acidente, era acumulável com benefício de aposentadoria e dava direito ao abono anual:

Art. 6º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, permanecer incapacitado para o exercício da atividade que exercia habitualmente, na época do acidente, mas não para o exercício de outra, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a auxílio-acidente.

§ 1º O auxílio-acidente, mensal, vitalício e independente de qualquer remuneração ou outro benefício não relacionado ao mesmo acidente, será concedido, mantido e reajustado na forma do regime de Previdência Social do INPS e corresponderá a 40% (quarenta por cento) do valor de que trata o inciso II do artigo 5º desta Lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

§ 2º A metade do valor do auxílio-acidente será incorporada ao valor da pensão quando a morte do seu titular não resultar de acidente do trabalho.

§ 3º O titular do auxílio-acidente terá direito ao abono anual.

O auxílio-suplementar, por sua vez, vinha previsto no artigo 9º da Lei nº 6.367/76, e era devido quando as lesões consolidadas importavam em simples redução da capacidade para o exercício da atividade habitual (incapacidade parcial), desde que as sequelas estivessem enquadradas no decreto regulamentador previamente expedido pelo Poder Executivo:

Art. 9º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como seqüelas definitivas, perdas anatômica ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS, as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho,

fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do artigo 5º desta Lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

Parágrafo único. Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído no cálculo de pensão. (grifos nossos)

Tal benefício era fixado no patamar de 20% do salário-de-contribuição do mês do acidente, era inacumulável com benefício de aposentadoria e não dava direito ao abono anual.

A relação mencionada no caput do artigo 9º veio com a regulamentação da Lei nº 6.367, tendo primeiramente constado no Anexo III do Decreto nº 79.037/1976 e posteriormente sido replicada no Anexo VII do Decreto nº 83.080/79.

Tanto num como noutro Decreto, os anexos em questão receberam o título “Relação das situações que dão direito ao auxílio-suplementar”. Note-se que no caso da Lei n. 6.367/76, diferentemente da legislação atual (Lei n. 8.213/91), o artigo 9º expressamente referia-se às situações elencadas no decreto como as únicas possíveis de ensejar a concessão do benefício. No entanto, a jurisprudência já caminhava no sentido de entender que este rol era apenas exemplificativo, o que será aprofundado em capítulo específico.

1.4.3 Lei n. 8.213/91 e Alterações Posteriores

Conforme já referido no início deste capítulo, a Lei n. 8.213/91, de 24/07/1991, unificou a legislação de acidentes do trabalho e a legislação previdenciária, ate então apartadas, trazendo todas as disposições sobre benefícios previdenciários e acidentários em um só diploma legal. Ainda, extinguiu o auxílio-suplementar, concentrando todas as hipóteses de indenização por redução da capacidade laborativa no auxílio-acidente.

Na redação original, o artigo limitou a concessão do benefício para acidentes do trabalho e definiu graus de redução, com consequentes percentuais de concessão do benefício para cada um deles, nos incisos I, II e III e § 1º:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultar seqüela que implique:

I - redução da capacidade laborativa que exija maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade, independentemente de reabilitação profissional;

II - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém, não o de outra, do mesmo nível de complexidade, após reabilitação profissional; ou

III - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém não o de outra, de nível inferior de complexidade, após reabilitação profissional.

§ 1º O auxílio-acidente, mensal e vitalício, corresponderá, respectivamente às situações previstas nos incisos I, II e III deste artigo, a 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) ou 60% (sessenta por cento) do salário-de-contribuição do segurado vigente no dia do acidente, não podendo ser inferior a esse percentual do seu salário-de-benefício.

A Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, ampliou as hipóteses de concessão do benefício para as sequelas permanentes de acidentes de qualquer natureza:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza que impliquem em redução da capacidade funcional. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Ainda, no § 1º, unificou o percentual de concessão para 50% do salário de benefício.

Até o advento da Lei n. 9.528, de 10/12/1997, o auxílio-acidente tinha caráter de vitaliciedade, conforme já explicitado. A alteração legislativa promovida com esta lei estabeleceu como termo final do benefício a concessão de aposentadoria:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. [Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997]

[...].

§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

1.4.4 Decreto n. 3048, De 06 de maio de 1999

A redação do artigo 86 da Lei n. 8.213/91, ao contrário da redação do artigo 9º da Lei n. 6.367/76, em nenhum momento limitou a concessão do benefício de auxílio-acidente às hipóteses determinadas no decreto regulamentar.

De todo o modo, a Lei n. 8.213/91, inicialmente regulamentada pelo Decreto n. 611, de 21 de julho de 1992, hoje é regulamentada pelo Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. As disposições regulamentares do auxílio-acidente estão no artigo 104 do Decreto, que, no *caput*, com redação dada pelo Decreto n. 4.729, de 09/06/2003, refere o seguinte:

Art.104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva, *conforme as situações discriminadas no anexo III*, que implique: (grifos nossos).

O Anexo III, por sua vez, traz nove quadros com situações que dão ensejo ao benefício, elencando diversas lesões em órgãos e membros do corpo humano. O Anexo é intitulado “*Relação das situações que dão direito ao auxílio-acidente*”.

Diante da exposição acima, verifica-se que, enquanto a Lei n. 8.213 não limita as situações que dão ensejo ao benefício de auxílio-acidente ao disposto em Decreto, o Decreto n. 3.048/99, no artigo 104, está delimitando a concessão do benefício às situações que estejam discriminadas no Anexo. Assim, é possível que os limites do poder regulamentar tenham sido excedidos, o que será objeto de estudo em capítulo específico.

2 O PODER REGULAMENTAR

2.1 Conceito e aspectos gerais

O Poder Legislativo, muitas vezes, ao editar leis, não esgota todas as possibilidades para que estas sejam executadas. Assim, fica a cargo da Administração a edição de normas complementares, também dotadas de generalidade e abstração, para possibilitar a efetiva aplicação daquelas. E a isto chamamos de poder regulamentar.

Conforme Diógenes Gasparini⁶, poder regulamentar é “*a atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo para, mediante decreto, expedir atos normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la*”.

Assim, o regulamento é o ato emanado do Chefe do Poder Executivo, em caráter privativo e indelegável, cuja finalidade é explicar a lei para sua correta execução.

A doutrina afirma que o poder regulamentar não se trata de uma atribuição ou faculdade, e sim de um poder-dever da Administração Pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷ ressalta que este é “*reconhecido ao poder público para que o exerça em prol da coletividade*”, sendo, portanto, irrenunciável.

O poder regulamentar é uma atribuição originária da Administração Pública, de acordo com Diógenes Gasparini⁸. Segundo o autor, muitos pensam que se trata de atribuição derivada, pois em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal e as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas sempre outorgaram expressamente a atribuição de regulamentar ao Chefe do Executivo. No entanto, tal afirmação seria equivocada:

6 GASPARINI, DIÓGENES. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 121.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 86.

8 GASPARINI, op. cit., p. 123.

Com efeito, para expedir os atos que visam executar as leis, o Executivo não necessita de qualquer autorização *legal específica ou constitucional genérica*. O regulamento é o primeiro passo para a execução da lei, e essa execução é atribuição do Executivo. Por esse motivo, mesmo que silentes a lei e a Constituição, no que se refere ao poder competente para regulamentar, essa atribuição é do executivo, porque fluente da sua própria função. (grifos do autor)

Já o ato regulamentar pode ser classificado como um ato normativo de natureza secundária ou derivada, somente podendo ser exercido de acordo com a lei preexistente. Para diferenciação, as leis são atos normativos de natureza primária ou originária. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹ afirma que “*o ato normativo derivado, por excelência, é o regulamento*”.

Ressalte-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho¹⁰, sobre os limites do poder regulamentar típico:

Neste aspecto, é importante observar que só se considera poder regulamentar típico a atuação administrativa de complementação das leis, ou atos análogos a elas. Daí seu caráter derivado. Há alguns casos, todavia, em que a Constituição autoriza determinados órgãos a produzirem atos que, tanto como as leis, emanam diretamente da Carta e têm natureza primária; inexistente qualquer ato de natureza legislativa que se situe em patamar entre a Constituição e o ato de regulamentação, como ocorre com o poder regulamentar. Serve como exemplo o art. 103-B, da CF, inserido pela E.C. 45/2004, que, instituindo o Conselho Nacional de Justiça, conferiu a esse órgão atribuição para “*expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências*”. A despeito dos termos da expressão (“atos regulamentares”), tais atos não se enquadram no âmbito do verdadeiro poder regulamentar; como terão por escopo regulamentar a própria Constituição, serão eles *autônomos e de natureza primária*, situando-se no mesmo patamar em que se alojam as leis dentro do sistema de hierarquia normativa. (grifos do autor)

O instrumento do poder regulamentar é primordialmente o decreto. Tal exigência decorre do artigo 84, IV, da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Na prática, verifica-se que o poder normativo também é exercido por diversas autoridades administrativas através de atos como Instruções Normativas, Resoluções ou Portarias, com âmbito de aplicação bem mais restrito. Para José dos Santos Carvalho Filho¹¹, tais atos, ao regulamentarem o

9 DI PIETRO, op. cit. p. 87.

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 53.

11 *Ibidem*, p. 53.

regulamento, são os atos de regulamentação de segundo grau. Ainda, a lei pode especificar ato de natureza diversa do decreto para a sua regulamentação, mas tendo esta natureza de ato regulamentar, será fruto do poder regulamentar.

Há ainda que se destacar que o artigo 84 confere poder regulamentar ao Presidente da República. No entanto, pelo princípio da simetria constitucional, tal poder também é atribuído aos chefes dos poderes executivos estadual e municipal, com a atribuição definida pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais.

De acordo com Diógenes Gasparini¹², verifica-se que outros agentes também são dotados de atribuições normativas, como os Ministros de Estado (CF, art. 87, II) e as Agências Reguladoras, mas que não se trata, especificamente, de poder regulamentar nos termos definidos pela Constituição.

Com o advento das Agências Reguladoras, que são criadas para fiscalizar determinados setores da economia, já está se admitindo, no Brasil, uma nova forma de abordagem do poder regulamentar, sendo este o denominado “*delegation with standards*” ou delegação com parâmetros.

Neste modelo, o legislador edita normas básicas, com parâmetros políticos e legislativos, delegando a matéria de ordem técnica aos entes com conhecimento técnico e específico, como as Agências Reguladoras.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho¹³:

Trata-se de modelo atual do exercício do poder regulamentar, cuja característica básica não é simplesmente a de complementar a lei através de normas de conteúdo organizacional, mas sim de criar normas técnicas não contidas na lei, proporcionando, em consequência, inovação no ordenamento jurídico. Por esse motivo, há estudiosos que o denominam de poder regulador para distingui-lo do poder regulamentar tradicional. [...]. É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, em cuja competência se insere a produção de normas técnicas para os setores de energia elétrica e telecomunicações, objeto de sua ação controladora.

Vejamos, também, os ensinamentos de Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁴ sobre o tema da delegação com parâmetros:

Desenvolveu-se nos Estados Unidos a técnica dos *standards*, pela qual a lei se limita a estabelecer parâmetros, diretrizes, princípios, conceitos indeterminados, ficando para as agências a função de baixar normas reguladoras, que devem se conformar aos *standards* contidos na lei e na

12 GASPARINI, op. cit. p. 125.

13 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 55.

14 DI PIETRO, Maria Sylvania. Zanella. Discricionarietà Técnica e Discricionarietà Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. N. 9. Bahia: IBDP, 2007, fev/abr/maio 2007. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>, ISSN 1981-1861, acesso em 16 out. 2013, 9h44min, p. 8.

Constituição. Segundo Bernard Schwartz, “o poder legislativo pode ser conferido ao ramo executivo, desde que a outorga de autoridade seja limitada por determinados padrões... O arbítrio conferido não pode ser tão amplo que se torne impossível discernir os seus limites. Outrossim, precisa haver certa intenção legislativa com a qual se deve harmonizar o exercício do poder delegado.” (in *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 350)

A criação das Agências Reguladoras no Brasil trouxe para a doutrina a discussão acerca da existência, ou não, de discricionariedade técnica. Discute-se se o Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar, ao interpretar um conceito jurídico indeterminado de ordem técnica veiculado na lei, estaria exercendo o poder discricionário, bem como quais seriam os limites do controle judicial quando se está tratando de discricionariedade técnica. Dada a relevância do assunto para o estudo, tal item será melhor aprofundado a seguir.

2.2 O regulamento autônomo no direito brasileiro

Os atos regulamentares, em relação à lei, podem ser classificados como regulamentos de execução ou executivos, regulamentos delegados e regulamentos autônomos, na classificação efetuada por Diógenes Gasparini¹⁵. Já outros autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶ e José dos Santos Carvalho Filho¹⁷ classificam os regulamentos em executivos e autônomos, somente.

No entanto, nem todas estas espécies de regulamento são admitidas em nosso ordenamento jurídico, conforme a maioria dos pensadores do direito administrativo brasileiro.

O regulamento executivo é aquele que tem por finalidade a complementação da lei, para a “sua fiel execução”, conforme a previsão constitucional do artigo 84, IV. O seu objetivo, desta forma, é possibilitar a aplicabilidade de uma lei.

Assim, a lei é o seu limitador, e se este for *contra legem* ou *ultra legem*, poderá ter seus efeitos sustados pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 49, V, da Constituição Federal.

Conforme Diógenes Gasparini¹⁸, “da lei que visa executar, o regulamento retira a sua legitimidade, de sorte que, com a desaparecimento daquela, ele desaparece”.

O regulamento delegado é aquele editado por uma autoridade competente para prover matéria reservada à lei, de acordo com uma norma legal. Dada a autorização para a edição de tal regulamento, há uma ampliação no espectro do poder regulamentar, com limitação nos parâmetros fixados na delegação. O direito brasileiro tradicionalmente não acolhe este tipo de regulamento, muito embora a doutrina já comece a admitir, no caso das Agências Reguladoras, a delegação com parâmetros, em que aspectos

15 GASPARINI, op. cit. p. 125.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, p. 87.

17 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 59.

18 GASPARINI, op. cit. p. 125.

técnicos das matérias legais não são veiculados por lei, e sim por regulamento, conforme já explicitado no item anterior.

Por fim, os regulamentos autônomos ou independentes são aqueles que inovam na ordem jurídica, sendo editados pela autoridade competente para dispor sobre matérias reservadas ao Executivo pela Constituição. Ou seja, não há lei entre a Constituição e o regulamento, sendo que este deriva diretamente daquela, sem delegação prévia do Legislativo.

Há grande divergência doutrinária acerca da possibilidade de edição de regulamentos autônomos pelo Executivo no direito brasileiro.

Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirmam que o regulamento autônomo decorre dos poderes implícitos da Administração.

Grande parte dos pensadores do direito administrativo brasileiro, no entanto, afirmam que em nosso direito somente é admitido o regulamento de execução. Vejamos os dizeres de José dos Santos Carvalho Filho¹⁹:

Refletindo sobre o tema, entendemos que esta última posição é a que melhor se compatibiliza com o nosso sistema jurídico. Realmente, não conseguimos encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos. Está à mostra em nosso sistema político que ao Executivo foi apenas conferido o poder regulamentar derivado, ou seja, aquele que pressupõe a edição de lei anteriormente promulgada, que necessite do seu exercício para viabilizar a efetiva aplicação de suas normas.

A Constituição de 1967, em seu artigo 81, V, conferia ao Presidente da República competência para “*dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal*”, o que embasava a existência de regulamentos autônomos. Com a Constituição de 1988, desapareceu esta possibilidade, passando a ser o regulamento de execução a única hipótese, de acordo com o artigo 84, IV.

No entanto, a Emenda Constitucional n. 32/2001 reacendeu a polêmica, ao modificar o artigo 84, VI, excluindo a expressão “*na forma da lei*”. A redação passou a ser a seguinte:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...].

VI - dispor, mediante decreto, sobre: [Redação dada pela Emenda Constitucional n° 32, de 2001]

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional n° 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional n° 32, de 2001)

19 - CARVALHO FILHO, op. cit. p. 59.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰, a partir da EC n. 32/2001, houve o retorno do regulamento autônomo no direito brasileiro:

[...]. A competência, quanto à alínea *a*, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme artigo 88, alterado pela Emenda Constitucional n. 32. Quanto à alínea *b*, não se trata de função regulamentar, mas de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria.

Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea *a*. A norma estabelece certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do Senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, *b*).

José dos Santos Carvalho Filho não aceita a tese defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Primeiramente, ressalta que o artigo 5º, II, da Constituição Federal determina que nenhum cidadão é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (princípio da reserva legal).

Observa o referido autor que, para que fossem admitidos os decretos autônomos no direito brasileiro, seria necessário que a Constituição deixasse nítida a viabilidade jurídica desta delegação, como poder legiferante direto e primário, como fez no artigo 62, ao outorgar ao Presidente da República a possibilidade de legislar por Medidas Provisórias. No entanto, não se encontra tal referência em nosso texto constitucional.

O decreto autônomo, para que fique caracterizado, deve criar direitos e obrigações primárias, sem a edição de lei prévia que o autorize, o que feriria o princípio da reserva legal acima mencionado.

Referindo-se especificamente ao mandamento do artigo 84, VI, *alínea a*, José dos Santos Carvalho Filho²¹ adverte que atos de organização e funcionamento da Administração Federal são atos meramente ordinatórios e não decretos autônomos, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que se preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos, de modo que só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros, e assim mesmo mediante imposições ordinárias e subsidiárias, mas nunca originárias. Este aspecto não é suficiente para converter os atos em decretos ou regulamentos autônomos. Na verdade, vários outros atos, além do decreto, dispõem sobre a organização administrativa, como é o

20 DI PIETRO, op. cit. p. 88-89.

21 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 60.

caso de avisos ministeriais, resoluções, provimentos, portarias, instruções, ordens de serviço. A diferença é apenas de hierarquia do agente responsável pela prática do ato e da maior ou menor amplitude de seu objeto. O conteúdo organizacional, no entanto, é o mesmo.

É mister, contudo, distinguir os decretos e regulamentos como atos administrativos e os decretos oriundos do exercício da função política da competência do Presidente da República. É o caso, por exemplo, dos decretos de intervenção (art. 36, § 1º, CF), de estado de defesa (art. 136, § 1º, CF) e de estado de sítio (art. 138, CF). Ao contrário dos atos administrativos, cuida-se de atos políticos e de natureza primária, neste caso porque emanam diretamente da Constituição, como ocorre com os regimentos de Tribunais e resoluções de órgãos legislativos. Por tal razão, e somente por ela, é que se podem considerar autônomos. Os atos administrativos, como já visto, pressupõem a existência de lei, ainda que provenham das autoridades mais graduadas da Administração. Em consequência, apenas estes, e não aqueles, é que são idôneos ao exercício do efetivo poder regulamentar. (grifos do autor)

2.3 Limites do poder regulamentar diante do princípio da legalidade

Como vimos, a Constituição Federal prevê a edição de regulamentos apenas e tão somente para a fiel execução da lei, conforme o artigo 84, inciso IV, ou seja, nosso sistema admite apenas o chamado “regulamento de execução”. Desta forma, o regulamento destina-se apenas a elucidar os dispositivos legais, através de normas de complementação.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho²², o poder regulamentar “*somente é exercido à luz de lei preexistente*”, concluindo que “*só se considera poder regulamentar típico a atuação administrativa de complementação das leis*”. Desta forma, o regulamento destina-se apenas a elucidar os dispositivos legais, através de normas de complementação. Isso porque a lei deve estabelecer regras gerais, dotadas de abstração. A lei não prevê as minúcias nem especifica a forma de sua aplicação, tarefa atribuída ao regulamento.

Ainda de acordo com o referido autor²³, não sendo lei em sentido formal, o regulamento não pode criar direito novo, em obediência ao inciso II do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Assim, o princípio da legalidade impede que o administrador imponha qualquer restrição ou obrigação senão em virtude de lei, considerando que esta reflete a expressão da vontade geral.

Deste modo, a lei exerce supremacia sobre o regulamento. Este não pode contrariá-la, nem ir além do que ela permite, não podendo tampouco impor obrigações que esta não preveja, destinando-se apenas a indicar os

22 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 53.

23 Ibidem, p. 55.

meios necessários para o cumprimento das obrigações impostas pela lei. A esse respeito, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁴ assevera que:

Formalmente, o regulamento subordina-se à lei, pois nela se apoia como texto anterior, para a sua execução, seja quanto a sua aplicação, seja quanto à efetivação das diretrizes por ela traçadas na habilitação legislativa. Sujeita-se, então, o regulamento à lei, como regra jurídica normativa superior, colocada acima dele, que rege as suas atividades, e ser por ele inatingível, pois não pode se opor a ela.

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da legalidade reflete a necessidade de *lei* como fonte de obrigações aos administrados.

A Carta Magna também determina que a Administração Pública deve obedecer ao princípio da legalidade no *caput* do artigo 37, estabelecendo que “*A Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade [...]*”. É a chamada *legalidade estrita*, pois à Administração Pública só é dado fazer o que a lei permite.

Os dispositivos constitucionais acima transcritos, consoante assevera Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵, possuem uma grande relevância e função-chave no nosso sistema jurídico. Segundo o renomado jurista, “*deles depende a manutenção, sob o ponto de vista jurídico, de instituições concebidas para garantir o indivíduo contra eventuais desmandos do Estado*”.

Portanto, a legalidade revela-se como um “*princípio vetorial explícito, intimamente ligado à atividade da Administração Pública de regulamentar as leis*”, nas palavras de Vanessa Vieira de Mello²⁶. Dentro desse contexto, percebe-se que o princípio da legalidade revela-se como um verdadeiro limite ao exercício da atividade regulamentar. Isso porque o Poder Executivo não pode impor obrigações primárias ou estabelecer restrições aos administrados através de regulamentos ou de quaisquer outros atos normativos sem embasamento legal, sob pena de desobediência ao princípio da separação dos poderes previsto constitucionalmente, nos informa José dos Santos Carvalho Filho²⁷.

Cumpra ressaltar, consoante a lição de Geraldo Ataliba²⁸ que “*mesmo as normas jurídicas mais solenes – como é o caso dos regulamentos [...] – somente são obrigatórias na medida em que rigorosamente fiéis aos textos legais [...]*”.

No entanto, não há empecilho para a criação de obrigações derivadas ou subsidiárias através dos regulamentos. Vejamos os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho²⁹:

24 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. I., p. 357.

25 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 316.

26 MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 16.

27 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 56.

28 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 126.

29 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 55.

É legítima, porém, a fixação de *obrigações subsidiárias* (ou *derivadas*)—diversas das obrigações *primárias* (ou *originárias*) contidas na lei—nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária *adequação* às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as normas que as preveem e, em consequência, as próprias obrigações. Se, por exemplo, a lei concede algum benefício mediante a comprovação de determinado fato jurídico, pode o ato regulamentar indicar quais documentos o interessado estará obrigado a apresentar. Esta obrigação probatória é derivada e legítima por estar amparada na lei. O que é vedado e claramente ilegal é a exigência de obrigações derivadas impertinentes ou desnecessárias em relação à obrigação legal; neste caso, haveria vulneração direta ao princípio da proporcionalidade e ofensa indireta ao princípio da reserva legal, previsto, como vimos, no artigo 5º, II, CF. (grifos do autor)

Diante do acima exposto, não se tratando de obrigações subsidiárias ou derivadas com base legal, e sim em restrições demasiadas não previstas na hipótese legal conforme a majoritária doutrina e jurisprudência pátrias, estas se inclinaram no sentido de simplesmente ignorar as hipóteses limitadoras da concessão de auxílio-acidente do Anexo III do Decreto n. 3.048/1999, classificando o rol ali elencado de “exemplificativo”.

2.4 Controle dos atos regulamentares e omissão de regulamentação

Como já visto anteriormente, o regulamento não pode inovar na ordem jurídica, tendo a lei autorizadora como seu balizador, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, artigos 5º, II, e 37, Constituição Federal.

O poder regulamentar é controlado de diversas formas. O Congresso Nacional, através do artigo 49, V, da Constituição Federal, tem o poder de “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”. Tal comando tem por escopo o de preservar o poder constitucionalmente reservado ao poder legislativo para o exercício de sua função precípua (egislar).

Já no que se refere ao controle judicial dos atos normativos, é preciso ter em mente que “*pelo fato de ser tido como lei em sentido material, o regulamento observa o mesmo ou quase o mesmo regime da lei*”, de acordo com Diógenes Gasparini³⁰.

Se o regulamento extrapola os limites da lei que embasa o seu surgimento, estando este *contra legem*, *citra legem* ou *ultra legem*, o controle cabível é o de legalidade, confrontando-se o ato com a lei, e não o de constitucionalidade, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a possibilidade de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra tais atos, com embasamento no artigo 102, I, “a” da Constituição Federal (“*ação*

30 GASPARINI, op. cit., p. 127.

direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal). Como exemplo, citamos a ADI n. 966-DF, DJ 06/05/1994, e a ADI n. 2006-DF:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PATRONAL PARA AS EMPRESAS INSCRITAS NO “SIMPLES”. IMPUGNAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.317, DE 05.12.96, E DO § 6º DO ARTIGO 3º DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 9, DE 10.02.99. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO. I - PRELIMINAR. 1. Quando instrução normativa baixada por autoridades fazendárias regulamenta diretamente normas legais, e não constitucionais, e, assim, só por via oblíqua atinge a Constituição, este Tribunal entende que se trata de ilegalidade, não sujeita ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 2. Ação direta não conhecida nesta parte. [...].

(STF. ADI 2006 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1999, DJ 24-09-1999 PP-00025 EMENT VOL-01964-01 PP-00078 REPUBLICAÇÃO: DJ 01-12-2000 PP-00101 RTJ VOL-000170-03 PP-00845)

No entanto, se o regulamento ofender diretamente a Constituição Federal, aí, sim, poderá ser atacado via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com fulcro no artigo 102, I, “a”, da Carta Maior. Conforme explicita José dos Santos Carvalho Filho³¹, neste caso, o regulamento será autônomo:

Sendo assim, para que seja viável o controle de constitucionalidade de decreto, regulamento ou outro tipo de ato administrativo de cunho normativo editado pelo Executivo (o que, na verdade, não seria propriamente forma de exercício do poder regulamentar), dois serão os aspectos de que deva revestir-se o ato: além de *normativo* (como exige a Constituição), deverá ser ele *autônomo*. (grifos do autor)

O Pretório Excelso já se manifestou desta forma na ADI n. 1396:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - OBJETO - DECRETO. Uma vez ganhando o decreto contornos de verdadeiro ato normativo autônomo, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.590/SP, Plenário, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, com aresto veiculado no Diário da Justiça de 15 de agosto de 1997. [...].

(STF. ADI 1396, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/1998, DJ 07-08-1998 PP-00019 EMENT VOL-01917-01 PP-00064)

A interpretação restritiva do Supremo Tribunal Federal em relação às formas de controle judicial dos atos regulamentares, certamente, poderia trazer prejuízos aos administrados, uma vez que não se poderia atacar o

31 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 57.

regulamento em tese e, na prática, se não houvesse concessão de decisões em caráter liminar nos processos em que se discute o caso concreto, o administrado somente poderia ver seu direito assegurado ao final do processo.

No entanto, é cabível o ajuizamento de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do artigo 102, § 1º, da Constituição Federal. Esta ação supriu a lacuna existente, “*abrangendo a inconstitucionalidade direta e indireta, atos normativos autônomos e subordinados e até mesmo atos de efeitos concretos*”, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho³².

Por fim, é importante destacarmos os casos em que não há violação à lei pela edição do regulamento, e sim, omissão da Administração em editar o regulamento. Como visto, o poder regulamentar é um poder-dever da Administração Pública, devendo ser exercido em prol da sociedade.

Assim, em caso de omissão do Executivo em regulamentar as leis, é cabível o Mandado de Injunção, conforme artigo 5º, LXXI. Conforme destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³, é importante atentar que o mandado de injunção tem abrangência limitada “*às hipóteses em que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”.

Inicialmente, o STF admitia somente a declaração da inércia do órgão competente através de Mandado de Injunção. No entanto, em decisões mais recentes, vem admitindo efetivamente realizar a regulamentação para o caso concreto, tornando a medida constitucional mais eficaz.

Os casos em que não houve a regulamentação de norma infraconstitucional no prazo determinado ainda são um tanto quanto desprotegidas legalmente, pela ausência de meios de controle judicial.

Isto porque, ausente a regulamentação, os efeitos da lei ficariam pendentes, e esta ficaria sem aplicabilidade.

Para José dos Santos Carvalho Filho³⁴, a omissão regulamentadora é inconstitucional. Esclarece o autor:

Na verdade, a omissão regulamentadora é inconstitucional, visto que, em última análise, seria o mesmo que atribuir ao Executivo o poder de *legislação negativa em contrário*, ou seja, de permitir que sua inércia tivesse o condão de estancar a aplicação da lei, o que, obviamente, ofenderia a estrutura de Poderes da República. (grifos do autor)

Diante de tal situação, os pensadores do direito administrativo brasileiro admitem que, passado o prazo da regulamentação e constatada a omissão da Administração, é direito do administrado que a lei se torne exequível, assim, a função legiferante, exercida pelo Poder Legislativo, não se torna inócua e aplicável ao alvedrio do administrador.

32 CARVALHO FILHO, op. cit.

33 DI PIETRO, op. cit. p. 90.

34 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 58.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵, citando Hely Lopes Meirelles, reforça este entendimento:

[...] quando a própria lei fixa o prazo para a sua regulamentação, decorrido este sem a publicação do decreto regulamentar, os destinatários da norma legislativa podem invocar utilmente os seus preceitos e auferir todas as vantagens dela decorrentes, desde que possa prescindir do regulamento, porque a omissão do Executivo não tem o condão de invalidar os mandamentos legais do Legislativo.

Para José dos Santos Carvalho Filho³⁶, diante da ilegalidade, ou mesmo da inconstitucionalidade, conforme afirma, configurada a omissão, surge para o administrado o direito de obter do Poder Judiciário um provimento que lhe assegure o exercício do direito legalmente previsto, “*com o que estará sendo reconhecido que a lei deve ser aplicada e observada*”.

A legalidade e constitucionalidade da concessão das hipóteses de auxílio-acidente limitadas pelo Anexo III do Decreto n. 3.048/99 é, cotidianamente, discutida nos tribunais brasileiros. Assim é importante a enumerarmos as formas de controle judicial acima elencadas, especialmente à luz da discricionariedade técnica que estudaremos a seguir.

2.5 Apontamentos sobre discricionariedade técnica e formas de controle judicial

Faz-se pertinente, para o estudo das limitações do Anexo III do Decreto n. 3.048/99 às hipóteses de concessão do auxílio-acidente, analisar o que vem sendo chamado pela doutrina especializada de discricionariedade técnica.

A discricionariedade, ou mérito do ato administrativo, em uma definição simples, ocorre quando a lei permite à Administração optar por mais de uma solução possível perante o direito, no caso concreto, a fim de que seja atendido o interesse público³⁷.

É corrente na doutrina a afirmação de que não caberia controle judicial quando se trata de aplicação do poder discricionário da administração. No entanto, é preciso ser cauteloso com tal afirmação uma vez que, como qualquer ato administrativo, o ato discricionário deve obedecer às balizas determinadas na lei. De acordo com Diógenes Gasparini, “*o que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da conveniência e oportunidade, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública*”³⁸. Destaque-se ainda a afirmação de Flávio José Roman³⁹:

35 MEIRELLES, DI PIETRO, op. cit. p. 90.

36 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 58.

37 DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*, p. 2.

38 GASPARINI, op. cit. p. 100-101.

39 ROMAN, Flávio José. Intervenções da Administração Pública na Economia: o problema da discricionariedade técnica. In: SPARAPANI, Priscília; ADRI, Renata Porto. (Coord.). *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 90.

O poder discricionário não é uma anomalia ou resquício do absolutismo que deve ser eliminado a qualquer custo, mas um ‘poder sem o qual seria impossível a atividade criadora e plasmadora do futuro exercida pela Administração Pública’.

Ainda, sobre o controle judicial do poder discricionário, é importante ressaltar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁰:

Hoje, a discricionariedade administrativa é vista como uma liberdade de opção entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito, e não apenas perante a lei. [...]. Desse modo, quando o sistema jurídico adota princípios como os do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade entre meios e fins, da moralidade, da boa-fé, da dignidade do ser humano, entre tantos outros, a consequência inevitável é que a discricionariedade sofre limitações decorrentes da aplicação destes princípios. Em uma hipótese na qual, perante a lei, a Administração teria duas opções, uma delas pode ser excluída pela aplicação de um princípio, como o da razoabilidade, por exemplo, de tal forma que a discricionariedade desaparece porque uma única solução resulta válida perante o Direito. Reduzindo-se a discricionariedade, amplia-se a possibilidade de controle judicial, tendo em vista que os valores e princípios constitucionais se impõem aos três poderes do Estado.

Com o agigantamento do Estado, passando este de um Estado Liberal a um Estado Social, as funções do Executivo apresentaram grande aumento de volume, o que lhe trouxe, também, novas atribuições, inclusive normativas. Com a ampliação das funções do Estado foram criadas as Agências Reguladoras, às quais, conforme já explicitado no presente estudo, foi atribuída competência normativa para regular questões de ordem eminentemente técnica, dada a especificidade de seus campos de atuação, limitando-se o Poder Legislativo a elaborar leis de caráter geral, delegando os parâmetros para a regulamentação (*delegation with standards*)⁴¹.

Tal modelo de atuação, vindo do direito norte-americano, com origem no direito alemão, introduziu na doutrina a discussão sobre a existência de uma discricionariedade técnica. Discute-se se é possível afirmar que a referência na legislação a conceitos indeterminados de ordem técnica dá ensejo à discricionariedade por parte da Administração. Nas palavras de Flávio José Roman⁴²:

A discricionariedade técnica refere-se à necessidade de a Administração recorrer a outras ciências para determinar o campo semântico de um conceito legal indeterminado. Mas se o conceito é técnico, ele já não seria necessariamente determinado? Também as ciências não se preocupam

40 DI PIETRO, op. cit. p.3.

41 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 54.

42 ROMAN, op. cit. p. 111.

com a definição e com a certeza? Daí a pertinência de questionar: existe discricionariedade técnica?

A discussão sobre a discricionariedade técnica surgiu no direito alemão, mas foi no direito italiano que esta foi aprofundada. Um dos maiores pensadores sobre o assunto é o italiano Roberto Alessi.

O jurista italiano sustenta que há uma relação direta entre discricionariedade técnica e conceitos jurídicos indeterminados que precisam de interpretação técnica para a sua aplicação, ao contrário daqueles conceitos jurídicos indeterminados que podem ser interpretados por critérios de experiência comum, conforme Flávio José Roman. Prossegue o referido autor, concluindo⁴³:

A diferença entre discricionariedade técnica e a discricionariedade pura reside no fato de que na primeira há uma eleição entre alternativas com a finalidade de satisfazer o interesse público, ao passo que na segunda recorre-se aos critérios técnicos para apreciação de um fato delimitado por um conceito jurídico indeterminado. Ou seja, na discricionariedade há valor e vontade. Na discricionariedade técnica há apenas valor. Dessa forma, a discricionariedade técnica é um tipo de atividade que não deixa qualquer liberdade para a decisão.

A questão que nos interessa, especificamente, diz respeito à análise da discricionariedade técnica relacionada aos atos normativos de órgãos da Administração Pública, analisando a possibilidade de adoção pelo direito brasileiro do sistema norte-americano de delegação com parâmetros: o Poder Legislativo estabelece as normas gerais, deixando ao Poder Executivo a competência para desenvolver os conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei que necessitam de interpretação técnica para a sua aplicação.

Aqui, tratamos de função que se insere no poder regulamentar, com fundamento no artigo 84, IV, Constituição Federal, com balizadores no princípio da legalidade.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é importante ressaltar que *“a sistemática norte-americana, de deixar os conceitos indeterminados para definição pela Administração Pública, já vem sendo adotada, no Brasil, desde longa data”*⁴⁴. No entanto, a doutrina brasileira somente atentou para a discussão do tema com o advento das agências reguladoras, no final da década de 1990.

Conforme já mencionado no presente estudo, o poder regulamentar é a atribuição do Poder Executivo de editar normas complementares, também dotadas de generalidade e abstração, para possibilitar a efetiva aplicação da lei, quando esta deixa margens para tanto. Desde modo, o poder regulamentar envolve verdadeira discricionariedade, ou seja, há campo para o Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar, optar dentro de uma ou mais soluções

43 Ibidem, p. 109.

44 DI PIETRO, op. cit. p. 12.

possíveis, de acordo com aquilo que entenda ser melhor para o atendimento do interesse público.

Já quando tratamos de discricionariedade técnica, conclui-se que, neste caso, não há verdadeiramente discricionariedade (conveniência e oportunidade). Aqui, há apenas uma solução possível, a ser seguida com base nos critérios técnicos providos pela ciência. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁵:

Quando um ente administrativo baixa atos normativos definindo conceitos indeterminados, especialmente os conceitos técnicos e os conceitos de experiência, ele não está exercendo o poder regulamentar, porque este supõe a existência de discricionariedade administrativa propriamente dita, a qual, no caso, não existe.

Diante do exposto, é de se concluir que, não sendo a discricionariedade técnica verdadeira discricionariedade, não se trata propriamente de poder regulamentar, uma vez que o exercício deste envolve a escolha entre alternativas, ao passo que naquela, não há, realmente, opções possíveis para a Administração. Ao se deparar com um conceito jurídico indeterminado de ordem técnica, a Administração deve buscar na ciência o modo correto de aplicá-lo, não havendo aqui alternativas ou opções.

No que diz respeito ao controle judicial, não parece haver muitas dúvidas na doutrina acerca de sua possibilidade no que diz respeito à discricionariedade técnica. O Código de Processo Civil, nos artigos 420 a 439, trata da prova pericial, ou seja, o juiz pode se valer do conhecimento de *experts* de sua confiança para tomar decisões, quando estas envolvam matérias de ordem técnica.

Flávio José Roman destaca a importância de possibilidade de controle judicial sobre tais atos⁴⁶:

Não há neutralidade que justifique o afastamento dos parâmetros legais ou que seja capaz de imunizar, por completo, a atividade de determinado órgão contra o controle jurisdicional. Como destaca Marcelo Figueiredo, com acerto, não há possibilidade de cindir, por completo, atividade técnica e administrativa do Estado. Os rumos do Estado devem necessariamente ser fixados pela vontade política expressa pelo povo e não por burocratas do Governo.

No que tange a explicitação de conceitos jurídicos indeterminados de ordem técnica por atos normativos, é importante ressaltar que estes não podem inovar na ordem jurídica. O que pode a Administração é definir tais conceitos. No entanto, não se pode afirmar que tais definições não estão ao alcance do Poder Judiciário, pois a validade de tais normas pode ser apreciada, *“seja com o auxílio de peritos, quando se tratar de conceitos puramente técnicos, seja*

45 Ibidem, p. 14.

46 ROMAN, op. cit., p. 120.

*pela aplicação dos princípios da razoabilidade das normas e do devido processo legal substantivo”*⁴⁷.

Mas é preciso ter cuidado com os limites deste controle judicial. Nas palavras de Flávio José Roman, o Judiciário pode controlar a validade dos atos normativos, mas não pode substituir a Administração aplicando o significado que entende mais adequado, pois assim haverá violação ao princípio da separação dos poderes⁴⁸, questão esta de suma importância quando se trata do tema aqui estudado, qual seja, a concessão de auxílio-acidente em hipóteses outras, que não aquelas previamente elencadas em Decreto Regulamentar.

Conclui, sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁹:

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do art. 5º, inciso II, da Constituição.

Muito embora a autora se refira às Agências Reguladoras, a conclusão se aplica a toda atividade normativa da Administração Pública.

Em suma: na discricionariedade técnica não existe liberdade de opção, uma vez que a solução correta deve ser adotada segundo critérios científicos. Se há enquadramento do caso concreto no conceito legal, segundo a ciência, não há liberdade para a Administração.

Essa nos parece ser a lógica a ser aplicada quando tratamos do benefício de auxílio-acidente. No artigo 86, a lei determina a concessão do benefício de auxílio-acidente caso haja redução da capacidade laborativa habitual, consolidadas as sequelas decorrentes de acidente de qualquer natureza. A expressão “*redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia*”, inserta no *caput* do artigo, é um conceito jurídico indeterminado, que depende de conhecimentos técnicos – no caso, da área médica - para a aplicação no caso concreto.

A questão que se coloca, então, é se há como definir todos os casos possíveis de redução da capacidade laborativa em decreto regulamentar, eliminando a possibilidade de concessão do benefício a casos concretos diferenciados que nele não se enquadrem.

47 DI PIETRO, op. cit., p. 17.

48 ROMAN, op. cit., p. 125.

49 DI PIETRO, op. cit., p. 17.

3 O ANEXO III DO DECRETO N. 3.048/99 À LUZ DO PODER REGULAMENTAR

3.1 O auxílio-acidente no regulamento da previdência social

Como já estudado no Capítulo I, a Lei n. 8.213, de 24/07/1991, unificou a legislação de acidentes do trabalho e previdenciária, trazendo todas as disposições sobre benefícios previdenciários e acidentários em um só diploma legal.

A Lei n. 8.213/91 extinguiu o auxílio-suplementar que era previsto na legislação anterior (artigo 9º da Lei n. 6.367/76), concentrando todas as hipóteses de indenização por redução da capacidade laborativa em um único benefício, qual seja, o auxílio-acidente.

Ressalte-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que o auxílio-suplementar da Lei n. 6.367/76 foi incorporado ou transformado no auxílio-acidente da Lei n. 8.213/91, uma vez que os requisitos são os mesmos (*redução* da capacidade para a atividade habitual após a consolidação das lesões), ao passo que o antigo auxílio-acidente do artigo 6º da Lei n. 6.367/76 exigia a *incapacidade total* para a atividade exercida após a consolidação das lesões. Neste sentido, citamos alguns precedentes do STJ:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-SUPLEMENTAR CONCEDIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.367/76. TRANSFORMAÇÃO EM AUXÍLIO-ACIDENTE. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. PRECEDENTES.

1. Em face da relevância do benefício acidentário e do caráter de ordem pública da norma de regência, deve-se aplicar a lei mais benéfica ao acidentado. Precedente da Terceira Seção.

2. *Tendo a Lei 8.213/91 substituído o auxílio-suplementar acidentário pelo auxílio-acidente, inclusive aumentando o percentual incidente sobre o salário-de-contribuição, razoável a atribuição aos segurados os efeitos dessa transformação, ainda que o benefício tenha sido concedido sob a vigência da lei anterior.*

3. Recurso conhecido e provido.

(STJ. REsp 231.047/SC, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 13.12.99 – grifos nossos).

DIREITO PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-SUPLEMENTAR - APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO - CONCESSÃO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.528/97 - CUMULAÇÃO INDEVIDA - MAJORAÇÃO DO AUXÍLIO-ACIDENTE - 50% SOBRE O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO - RE 613.033/SP - REPERCUSSÃO GERAL - APLICAÇÃO RETROATIVA - IMPOSSIBILIDADE.

1. *Somente é legítima a cumulação do auxílio-suplementar previsto na Lei 6.367/76, incorporado pelo auxílio-acidente após o advento da Lei 8.213/91, com aposentadoria,*

quando esta tenha sido concedida em data anterior à vigência da Lei 9.528/97. Hipótese em que foi concedida a aposentadoria por tempo de contribuição ao segurado no ano de 2006, não sendo devida a cumulação pugnada.

2. Não se aplica retroativamente a majoração prevista na Lei 9.032/95 aos benefícios de auxílio-acidente concedidos anteriormente à vigência deste diploma. Entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional, no julgamento do RE 613.033/SP.

3. Recurso especial não provido.

(STJ. REsp 1365970/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 10/05/2013 – grifos nossos)
PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-SUPLEMENTAR. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA.

O auxílio-suplementar, previsto na Lei nº 6.367, de 1976, foi incorporado pelo auxílio-acidente, após o advento da Lei nº 8.213, de 1991, que previa a vitaliciedade do benefício acidentário cumulativamente com a aposentadoria.

Espécie em que a aposentadoria foi concedida em data anterior à Lei nº 9.528, de 1997.

Agravo regimental desprovido.

(STJ. AgRg no REsp 1347167/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013 – grifos nossos)

O auxílio-suplementar, previsto no art. 9º da Lei n. 6.367/76, era devido quando as lesões consolidadas importavam em redução da capacidade para o exercício da atividade habitual (incapacidade parcial), desde que as sequelas estivessem enquadradas no decreto regulamentador previamente expedido pelo Poder Executivo:

Art. 9º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como seqüelas definitivas, *perdas anatômica ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS, as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho*, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do artigo 5º desta Lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

Parágrafo único. Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído no cálculo de pensão. (grifos nossos)

A relação mencionada no *caput* do art. 9º veio com a regulamentação da Lei n. 6.367, tendo primeiramente constado no Anexo III do Decreto nº 79.037/1976 e posteriormente no Anexo VII do Decreto nº 83.080/79.

No entanto, a redação do artigo 86 da Lei n. 8.213/91, ao contrário da redação do artigo 9º da Lei n. 6.367/76, em nenhum momento limitou

a concessão do benefício de auxílio-acidente às hipóteses determinadas no decreto regulamentar. Note-se que no caso da antiga Lei n. 6.367/76, diferentemente da legislação atual, o artigo expressamente referia-se às situações enumeradas no regulamento.

De todo o modo, a Lei n. 8.213/91, inicialmente regulamentada pelo Decreto n. 611, de 21/07/1992, hoje é regulamentada pelo Decreto n. 3.048, de 06/05/1999 (Regulamento da Previdência Social – RPS). As disposições relativas ao auxílio-acidente se encontram no artigo 104 do referido Decreto, que, no *caput*, com redação dada pelo Decreto n. 4.729, de 09/06/2003, refere o seguinte:

Art.104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva, *conforme as situações discriminadas no anexo III*, que implique:

I - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

II - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e exija maior esforço para o desempenho da mesma atividade que exerciam à época do acidente; ou

III - impossibilidade de desempenho da atividade que exerciam à época do acidente, porém permita o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (grifos nossos)

É de se salientar que nas redações anteriores do próprio artigo 104 do Regulamento da Previdência Social, não havia esta menção expressa de referência às hipóteses limitadoras do anexo III.

Eis a redação original do artigo 104, *caput*:

Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso, ao segurado especial e ao médico-residente quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva que implique:

Tal redação foi modificada pelo Decreto n. 3.265, de 29/11/1999:

Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva que implique: (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/1999)

Posteriormente, o *caput* do artigo 104 foi novamente modificado pelo Decreto n. 4.729, de 09/06/2003, cuja redação está em vigor.

É de se concluir, assim, que enquanto a Lei n. 8.213/91 não limita as situações que ensejam o benefício de auxílio-acidente ao disposto em regulamento, o Decreto n. 3.048/99, no artigo 104, está delimitando a concessão do benefício às situações que estejam discriminadas no Anexo III.

Assim, questiona-se se os limites do poder regulamentar foram excedidos, uma vez que pode ter havido uma restrição indevida, em decreto regulamentar, sobre os direitos originários dos beneficiários da Previdência Social, o que vem gerando crescente aumento de demandas judiciais e, conseqüentemente, prejuízo aos cofres públicos.

3.2 Anexo III do decreto n. 3.048/99: Rol taxativo ou exemplificativo?

O Anexo III do Decreto n. 3.048/99, intitulado “*Relação das situações que dão direito ao auxílio-acidente*” traz, em seu bojo, nove quadros com situações que dão ensejo ao benefício, para casos de lesões nos seguintes órgãos ou membros:

- a) Aparelho visual (Quadro n. 1);
- b) Aparelho auditivo (Quadro n. 2);
- c) Aparelho da fonação (Quadro n. 3);
- d) Prejuízo estético (Quadro n. 4);
- e) Perdas de segmentos de membros (Quadro n. 5);
- f) Alterações articulares (Quadro n. 6);
- g) Encurtamento de membro inferior (Quadro n. 7);
- h) Redução da força e/ou da capacidade funcional dos membros (Quadro n. 8)
- i) Outros aparelhos e sistemas (Quadro n. 9).

Em cada um dos quadros, estão elencadas diversas situações relativas ao órgão ou membro que, se ocorrerem, darão direito à concessão do benefício de auxílio-acidente.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS somente concede o benefício de auxílio-acidente caso a situação do segurado se encaixe em uma das hipóteses dos Quadros do Anexo III. Ou seja, para a Autarquia Previdenciária, o rol do Anexo III seria *taxativo*, e fora de suas hipóteses, não seria possível a concessão do benefício.

Esta interpretação ou modo de atuação decorre, especialmente, à luz do artigo 37 da Constituição Federal, uma vez que, conforme o princípio da legalidade estrita, ao Administrador somente é dado fazer o que a lei permitir, de forma que conceder o benefício fora das hipóteses regulamentadas no Decreto n. 3.048/99 poderia ser enquadrado como um exacerbamento de suas atribuições legais.

No entanto, a visão dos tribunais brasileiros, assim como da doutrina mais abalizada, é um pouco diferente.

Conforme Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior⁵⁰, *“As situações reconhecidas pela administração como ensejadoras do direito à percepção do auxílio acidente estão descritas, exemplificativamente, no anexo III do regulamento”* (grifos nossos).

Neste sentido também se manifesta Fábio Zambite Ibrahim⁵¹:

Obviamente, as situações narradas no Anexo III do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99, *devem ser qualificadas como hipóteses exemplificativas*, pois, no caso concreto, segurados que sejam acometidos de outras sequelas, ou até mesmo das mesmas mas em índice inferior ao fixado, podem demonstrar, em concreto, a efetiva redução da capacidade laborativa, cabendo então a concessão do benefício (grifos nossos).

Já Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁵² optaram por não adentrar tal polêmica, destacando que o benefício será devido quando a perícia médica do INSS concluir *“haver no segurado sequela definitiva enquadrada nas situações do Anexo III do Regulamento da Previdência Social”*.

A opção pela classificação do rol do Anexo III do Decreto n. 3.048/99 como exemplificativo também é o posicionamento majoritário nos tribunais brasileiros. Citamos, como exemplo, os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL. 1. Tratando-se de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente, o Julgador firma sua convicção, via de regra, por meio da prova pericial. 2. *A relação das situações que dão direito ao auxílio-acidente, constante do Anexo III do Decreto 3.048/99, não é exaustiva, devendo ser consideradas outras em que comprovada, por perícia técnica, a redução da capacidade para o trabalho que o segurado habitualmente exercia.* 3. Levando-se em conta, no caso concreto, a redução da capacidade laboral do autor constatada pelo perito judicial, entende-se que o segurado faz jus ao benefício de auxílio-acidente. (TRF4, AC 0002314-68.2009.404.7108, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 30/03/2010 – grifos nossos)

AÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REDUÇÃO PERMANENTE DA CAPACIDADE LABORAL COMPROVADA. DECRETO Nº 3.048/99. *ROL NÃO TAXATIVO.* TERMO DE INÍCIO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09. [...]. - *DECRETO Nº 3.048/99 - O rol de lesões e patologias previsto no artigo 104 do Decreto nº 3.048/99 é meramente exemplificativo, razão pela qual o não enquadramento da situação dos autos em tais hipóteses não impede a concessão do auxílio-acidente previsto no artigo 86 da Lei nº 8.213/91.* [...]. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJRS. Apelação Cível Nº 70047341540,

50 ROCHA; BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 316.

51 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011. p. 650.

52 CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 672.

Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 25/04/2012 – grifos nossos)

PREVIDENCIÁRIO - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-ACIDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - IRRESIGNAÇÃO - AMPUTAÇÃO DA FALANGE DISTAL DO POLEGAR DIREITO - *SITUAÇÃO QUE NÃO SE ENCONTRA ENTRE AQUELAS QUE DÃO ENSEJO AO AUXÍLIO-ACIDENTE, PREVISTAS NO ANEXO III DO DECRETO N. 3.048/99 - IRRELEVÂNCIA - LISTAGEM MERAMENTE EXEMPLIFICATIVA* - INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE ATESTADA PELO PERITO OFICIAL - NEXO ETIOLÓGICO EVIDENCIADO - REQUISITOS PARA IMPLANTAÇÃO DA BENESSE CONTEMPLADOS - OUTORGA MANTIDA - REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDOS. “*O fato de a lesão não se enquadrar na ‘relação das situações que dão direito ao auxílio-acidente’ (Anexo III do Decreto n. 3.048/99) não representa óbice à concessão do benefício, pois restou demonstrada a redução da capacidade laboral resultante da lesão sofrida em decorrência de acidente de trabalho, devendo se entender aquela listagem como exemplificativa.*” (TJSC, AC n. 2007.034651-2, de Criciúma, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 11.09.2007). “Demonstrado o nexo etiológico entre o acidente do trabalho e a lesão que culminou na diminuição da capacidade funcional do obreiro, impõe-se o pagamento do auxílio-acidente.” (Apelação Cível n. 2011.001164-3, de Videira. Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 10.05.2011). [...]. (TJSC. Apelação Cível n. 2011.039185-7, de Maravilha, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz – grifos nossos)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Ação acidentária proposta em face do INSS por segurado acometido de lesão redutora de sua capacidade laborativa, em razão de acidente de trabalho. Pedido de condenação de a autarquia implementar aposentadoria, prestar benefícios não pagos referentes a auxílio doença e indenizar dano moral. Sentença de improcedência.

[...]

2. *Todavia segurado tem direito a auxílio-acidente pois é desinfluyente o fato de a sequela apurada pela perícia não constar no anexo III do Decreto n.º 3.048/99, cujo rol constante é meramente exemplificativo.*

[...]

(TJRJ. Apelação Cível 0007503-52.2006.8.19.0036, Relator: Des. Fernando Foch, DJE 10/02/2012 – grifos nossos)

É de se ressaltar que, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o rol que elenca as hipóteses de concessão de benefícios acidentários é exemplificativo remonta à época em que vigorava a Lei n. 6.367/76, que foi regulamentada pelos Decretos n. 79.037/76 e 83.080/79, tendo se estendido à Lei n. 8.213/91 e sua regulamentação pelos Decretos n. 611/92 e 3.048/99. Vejamos alguns precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. LESÃO AUDITIVA. GRAU MÍNIMO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGULAMENTAR. IRRELEVÂNCIA. RESTRIÇÃO À LEGISLAÇÃO FEDERAL. VEDAÇÃO. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS NORMAS. SUMULA N. 44.

- A LESÃO AUDITIVA DE GRAU MÍNIMO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE ACIDENTE DO TRABALHO, EMBORA NÃO CONSTE DO ROL PREVISTO NO ANEXO III, DO DECRETO N. 79.037/76.

- *TRATA-SE DE ELENCO MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO, UMA VEZ QUE UM ATO REGULAMENTAR NÃO PODE RESTRINGIR O ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DE UMA LEI FEDERAL, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS NORMAS* (SUMULA N. 44).

- RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

(STJ. REsp 36.093/RJ, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/1994, DJ 20/02/1995, p. 3216 – grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PERÍCIA DEFERIDA E NÃO REALIZADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A PARTE. NULIDADE QUE NÃO SE DECRETA A TEOR DO ART. 249, § 1º, DO CPC. AUXÍLIO-ACIDENTE. ROL EXEMPLIFICATIVO DE DOENÇAS. UTILIZAÇÃO DO PERCENTUAL MAIS BENÉFICO AO SEGURADO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INFORTUNÍSTICA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Malgrado o Tribunal a quo ter determinado a realização de nova perícia e esta não ter sido concretizada, não houve prejuízo para o recorrente, razão pela qual, a teor do art. 249, § 1º, do CPC, não se decreta a nulidade.

2. *A teor do art. 140, § 2º, do Decreto nº 611/92, a relação de doenças do trabalho tem caráter exemplificativo*, sendo que, se a instância ordinária concluiu pela existência denexo causal entre a atividade desenvolvida pelo obreiro e a patologia de que é portador, não cabe a esta Corte se pronunciar sobre o tema, sob risco de estar reexaminando provas, o que lhe é vedado (súmula nº 7/STJ).

[...]

(STJ. REsp 226.762/SC, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2000, DJ 10/04/2000, p. 139 – grifos nossos)

Para melhor elucidar a questão, citamos trecho do voto do Min. Vicente Leal, no Recurso Especial n. 36.093/RJ, cuja ementa está transcrita acima:

[...].

A invocada ofensa aos preceitos, contidos nos artigos 2º e 9º da Lei n. 6.367/76, reside exatamente na circunstância de o aresto hostilizado considerar que o benefício postulado somente poderia ser concedido, se a lesão apresentada pelo trabalhador constasse da lista acima mencionada, entendimento este que restringe o conceito de acidente do trabalho.

Ora, a expressão em destaque abrange não apenas as lesões elencadas no rol indicado, mas todas aquelas que representem efetivamente a redução da capacidade laboral. Trata-se, na verdade, de um elenco meramente exemplificativo, o qual não tem o condão de delimitar a conceituação do que se entende por acidente do trabalho, consoante estabelece o art. 2º do diploma legal supra referido.

Entender diferentemente, *data venia, implicaria privilegiar um ato regulamentar em detrimento de uma lei federal, em ostensiva ofensa ao princípio da hierarquia das normas, o qual veda a possibilidade de um diploma legal de hierarquia inferior limitar ou reduzir o âmbito de incidência de outro texto normativo que lhe seja superior.*

Repudia-se, destarte, a idéia de condicionamento da concessão do benefício acidentário à circunstância de a lesão sofrida estar ou não elencada num simples anexo de um decreto. (grifos nossos)

Tal entendimento continuou sendo aplicado à Lei n. 8.213/91, conforme se verifica em voto do mesmo Ministro, Vicente Leal, no Recurso Especial n. 140.650:

Com efeito, é pacífico o entendimento proclamado por esta Corte no sentido de que a regra da Lei n. 8.213/91 estabeleceu a concessão de benefício previdenciário em razão da disacusia, sem, contudo, estabelecer um nível a partir do qual este seria devido.

E o princípio da hierarquia das normas veda que um diploma legal de hierarquia inferior possa vir a limitar ou reduzir o âmbito de incidência de outro texto normativo que lhe seja superior.

(STJ. REsp 140.650/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/1997, DJ 15/09/1997, p. 44530)

Destaque-se, por fim, que o entendimento da Corte Superior deu origem à Súmula n. 44 do Superior Tribunal de Justiça: *“A definição, em ato regulamentar, de grau mínimo de disacusia, não exclui, por si só, a concessão do benefício previdenciário”*. Tal verbete foi publicado em 22/06/1992, ou seja, já naquela época a jurisprudência do chamado Tribunal da Cidadania era firme no sentido acima apontado.

O rol do Anexo III é considerado exemplificativo pela quase unanimidade da jurisprudência brasileira justamente pela ausência de qualquer menção de limitação às hipóteses previstas em regulamento pelo *caput* pelo artigo 86 da Lei n. 8.213/91, que elenca tão somente os seguintes requisitos para a concessão do benefício: (i) ocorrência de acidente de qualquer natureza; (ii) consolidação das lesões; (iii) redução da capacidade para o trabalho habitual em decorrência das sequelas do acidente.

Assim, o artigo prevê que haverá direito ao benefício quando houver redução da capacidade laborativa após consolidação das lesões decorrentes de acidentes de qualquer natureza. Não faz qualquer

referência de restrição às hipóteses previstas em regulamento. De tal forma, é plenamente possível entender que, se preenchidos os requisitos legais estabelecidos no artigo 86 da Lei n. 8.213/91, há o direito ao recebimento do auxílio-acidente.

Em conclusão, nos parece que limitar as hipóteses de recebimento do benefício em regulamento, quando não determinado legalmente ou quando não há menção de tal limitação na legislação de regência, acaba por criar o que José dos Santos Carvalho Filho⁵³ denomina de uma obrigação primária, que somente poderia decorrer da lei, e não do ato regulamentar. Segundo o referido autor, o regulamento somente pode ser editado *secundum legem*, de acordo com a lei e, mais importante, nos limites que esta impuser. Somente poderão ser criadas obrigações subsidiárias em relação ao comando legal, e nunca obrigações primárias não previstas naquele:

Por via de consequência, não podem considerar-se legítimos os atos de mera regulamentação, seja qual for o nível de autoridade de onde se tenha originado, que, a pretexto de estabelecerem normas de complementação da lei, criam direitos e impõem obrigações aos indivíduos. Haverá, nesta hipótese, indevida interferência de agentes administrativos no âmbito da função legislativa, com flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes insculpido no art. 2º da CF.

Neste panorama, há grande descompasso entre a análise administrativa e a análise judicial das hipóteses concessivas do benefício de auxílio-acidente.

Na seara administrativa, atualmente, os médicos-peritos do INSS se detêm estritamente às hipóteses referidas no Anexo III do Decreto n. 3.048/99, obedecendo a uma taxatividade, enquanto no âmbito judicial, o rol do Anexo III do Regulamento da Previdência Social é considerado meramente exemplificativo.

Desta forma, há um crescente número de demandas judiciais concernentes à concessão deste benefício, o que vem causando prejuízos aos cofres da Previdência Social. No entanto, é possível vislumbrar uma mudança de panorama, com a publicação do Parecer n. 17/2013 da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social.

3.3 O Parecer n. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU: Mudança de Entendimento na Seara Administrativa

Na data de 29/05/2013, foi publicada a Portaria n. 264/2013/MPS, assinada pelo Sr. Ministro da Previdência Social, aprovando o Parecer n. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU, elaborado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social.

⁵³ CARVALHO FILHO, op. cit. p. 55-56.

A Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social elaborou o referido parecer conforme as atribuições elencadas no artigo 11 da Lei Complementar n. 73, de 10/02/1993, embasada em parecer prévio, no mesmo sentido, da Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Parecer n. 412/2012/CGPL/CGMBEN/PFE-INSS/PGF/AGU), entidade da administração indireta vinculada ao referido Ministério:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

É de se ressaltar, por fim, que o parecer aprovado pelo Ministro de Estado tem força vinculante para os órgãos e entidades a ele subordinados, conforme o artigo 42 da Lei Complementar acima citada:

Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

Referido parecer modificou o entendimento até então defendido pelo INSS de que o rol do Anexo III do Decreto n. 3.048/99 possui caráter taxativo, concluindo que tal relação de situações que dão direito ao auxílio-acidente é meramente exemplificativa. Segue a ementa do referido parecer:

PREVIDENCIÁRIO. RGPS. AUXÍLIO-ACIDENTE. DEFINITIVIDADE DAS SEQUELAS QUE O ENSEJAM. NECESSIDADE. LEI Nº 8.213/91, ART. 86. RPS, ART. 104. SITUAÇÕES DISCRIMINADAS NO ANEXO III DO REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – RPS. INEXISTÊNCIA DE TAXATIVIDADE. ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. A exigência de definitividade da sequela é válida, histórica e compatível com o benefício, dado o seu caráter vitalício. O não enquadramento em alguma das situações do Anexo III, simplesmente, não pode ser obstáculo à concessão do auxílio-acidente, caso a perícia médica do INSS verifique, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos para a sua concessão. O Anexo III do RPS contém rol meramente exemplificativo das situações que ensejam o auxílio-acidente.

Em suas razões, o parecer é conclusivo no sentido de que o elenco do Anexo III do Regulamento da Previdência Social não tem o condão de afastar o direito ao recebimento do benefício de auxílio-acidente, mesmo que a situação concreta não se enquadre em qualquer das hipóteses lá especificadas:

19. Com isso, tem-se que a remissão feita no artigo 104 do RPS às situações discriminadas no Anexo III não afasta a possibilidade de, na prática, o segurado preencher as condições para a concessão do auxílio-acidente, conforme o exame da perícia médica do INSS.

20. Em outras palavras, não é possível liminar (*sic*) a concessão do auxílio-acidente apenas às situações do Anexo III do RPS, o qual traduz relação meramente exemplificativa, não taxativa, que não esgota o universo de possibilidades de concessão do benefício em questão.

De acordo com a doutrina abalizada, como já visto neste estudo, na discricionariedade técnica não existe liberdade de opção, uma vez que a solução correta deve ser adotada segundo critérios científicos. Se há enquadramento do caso concreto no conceito legal, segundo a ciência, não há liberdade para a Administração.

Entendemos que este deve ser o viés norteador dos casos de concessão de auxílio-acidente. No artigo 86 da Lei n. 8.213/91, é determinada a concessão do benefício de auxílio-acidente caso haja redução da capacidade laborativa habitual, consolidadas as sequelas decorrentes de acidente de qualquer natureza. A redução da capacidade laborativa deve ser vista como um conceito jurídico indeterminado de ordem técnica, que deve ser interpretado segundo conhecimentos da área médica para a aplicação no caso concreto.

Diante deste apontamento, é possível vislumbrar o motivo pelo qual a jurisprudência pátria, há muito, classifica o rol do Anexo III do Regulamento da Previdência Social como exemplificativo, uma vez que as delimitações daquele

não são capazes de esgotar todas as possibilidades, de, no caso concreto, a situação do segurado preencher os requisitos legais do artigo 86 da Lei de Benefícios. Se o caso concreto preenche todos os requisitos do referido artigo, o benefício deve ser concedido; caso contrário, a limitação do Anexo III estará ferindo direitos individuais do segurado.

A mudança de entendimento na seara administrativa, advinda com o Parecer n. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU, está em concordância com a jurisprudência já consolidada acerca da matéria. Passando a ser adotado no dia-a-dia das Agências da Previdência Social, há possibilidade de uma maior concessão de benefícios de auxílio-acidente aos cidadãos já na esfera administrativa, o que causaria, conseqüentemente, uma diminuição das demandas judiciais na matéria, causando economia aos cofres públicos de um lado, e, de outro lado, uma prestação mais eficaz do serviço oferecido pela Previdência Social.

Conforme referido no item anterior, atualmente, a perícia médica do INSS concede o benefício de auxílio-acidente somente se o caso concreto se enquadrar nas hipóteses do Anexo III do Decreto n. 3.048/99.

A partir de agora, cabe ao órgão técnico da Autarquia (perícia médica) aferir se as condições do artigo 86 da Lei n. 8.213/91 estão preenchidas, segundo os critérios técnicos específicos da área médica. Verificado o preenchimento dos pressupostos, não cabe ao INSS decidir se concede ou não o benefício, e, para tanto, se valer das hipóteses elencadas no Anexo III do RPS. Preenchidos os requisitos legais, o benefício deve ser concedido. Não há opções para a Administração, pois não há discricionariedade propriamente dita quando se trata de conceitos jurídicos indeterminados de ordem técnica.

Referido parecer abre a possibilidade de deixar de lado o entrave colocado pelo Decreto n. 4.729, de 09/06/2003, que modificou o artigo 104, *caput*, do Regulamento da Previdência Social e introduziu, em sua redação, a limitação das hipóteses de concessão do benefício ao Anexo III. Como visto, esta restrição está viciada de ilegalidade, uma vez que extrapolou os limites do poder regulamentar, criando delimitações de caráter primário ao direito insculpido no artigo 86 da Lei n. 8.213/91.

4 CONCLUSÃO

A Lei n. 8.213, de 24/07/1991, unificou a legislação de acidentes do trabalho e a legislação previdenciária, até então apartada, trazendo todas as disposições sobre benefícios previdenciários e acidentários em um só diploma legal. Foi extinto o auxílio-suplementar do artigo 9º da Lei n. 6.367/76, concentrando todas as hipóteses de indenização por redução da capacidade laborativa no auxílio-acidente.

A redação do artigo 86, ao contrário da redação do artigo 9º da Lei n. 6.367/76, em nenhum momento limitou a concessão do benefício de auxílio-acidente às hipóteses determinadas em decreto regulamentar.

De todo o modo, a Lei n. 8.213/91 é regulamentada pelo Decreto n. 3.048, de 06/05/1999. O auxílio-acidente é regulamentado pelo artigo 104, que, no *caput*, com redação dada pelo Decreto n. 4.729, de 09/06/2003, refere que o benefício de somente será concedido se houver o enquadramento nas hipóteses do Anexo III.

Assim, enquanto a Lei n. 8.213/91 não limita as situações que ensejam o benefício de auxílio-acidente ao disposto em regulamento, o Decreto n. 3.048/99, no artigo 104, está delimitando a concessão do benefício às situações que estejam discriminadas no Anexo III.

A Constituição Federal prevê a edição de regulamentos apenas e tão somente para a fiel execução da lei, conforme o artigo 84, inciso IV, ou seja, nosso sistema admite apenas o regulamento de execução. Desta forma, o regulamento destina-se apenas a elucidar os dispositivos legais, através de normas de complementação.

Não sendo lei em sentido formal, o regulamento não pode criar direito novo, em obediência ao inciso II do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, o princípio da legalidade impede que o administrador imponha qualquer restrição ou obrigação senão em virtude de lei, considerando que esta reflete a expressão da vontade geral.

É importante destacar que não há empecilho para a criação de obrigações derivadas ou subsidiárias através dos regulamentos, no entanto, obrigações ou restrições de caráter primário, não previstas em lei, que tolham os direitos dos administrados, não podem ser admitidas.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS somente concede o benefício de auxílio-acidente caso a situação do segurado se encaixe em uma das hipóteses do Anexo III. Ou seja, para a Autarquia Previdenciária, o rol do Anexo III seria *taxativo*, e fora de suas hipóteses, não seria possível a concessão do benefício.

Tal atuação está embasada no artigo 37 da Constituição Federal, uma vez que, conforme o princípio da legalidade estrita, ao Administrador somente é dado fazer o que a lei permitir, de forma que conceder o benefício fora das hipóteses regulamentadas no Decreto n. 3.048/99 poderia ser enquadrado como um exacerbamento de atribuições legais.

No entanto, o artigo 86 da Lei n. 8.213/91, em nenhum momento, exigiu o enquadramento da situação do segurado às hipóteses definidas em regulamento para que fosse concedido o benefício, exigindo, apenas, o preenchimento dos requisitos nele dispostos, quais sejam, a existência de acidente de qualquer natureza, a consolidação das lesões e a redução da capacidade laborativa habitual em decorrência das sequelas do acidente.

Diante do acima exposto, entendemos que o artigo 104 do Regulamento da Previdência Social, bem como o Anexo III, não impõem apenas obrigações subsidiárias ou derivadas, com base legal no artigo 86 da Lei n. 8.213/91, e sim implicam em restrições demasiadas não previstas na hipótese legal, de forma

que podem ser caracterizados como ilegais, pois extrapolam os limites do poder regulamentar dado ao Executivo pelo artigo 84, IV, Constituição Federal.

Limitar as hipóteses de recebimento do benefício em regulamento, quando não determinado legalmente ou quando não há menção de tal limitação na legislação de regência, acaba por criar uma obrigação primária, que somente poderia decorrer da lei, e não do ato regulamentar. O regulamento somente pode criar obrigações subsidiárias em relação ao comando legal, e nunca obrigações primárias não previstas em lei.

Diante da discrepância de entendimentos na seara administrativa e judicial, o volume de demandas judiciais concernentes à concessão deste benefício é alta, o que vem causando prejuízos aos cofres da Previdência Social. No entanto, é possível vislumbrar uma mudança de panorama, com a publicação do Parecer n. 17/2013 da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social, aprovado pelo Ministro da Previdência em 29/05/2013.

O referido parecer acatou o entendimento já há muito difundido na jurisprudência e doutrina brasileiras, concluindo que a concessão do auxílio-acidente não pode ser restringida às hipóteses do Anexo III do Decreto n. 3.048/99, sendo este rol apenas exemplificativo, com fundamento jurídico nas questões acima mencionada, qual seja, a criação de restrições indevidas, em decreto regulamentador, sobre o direito do segurado a ter concedido o auxílio-acidente previsto no artigo 86 da Lei n. 8.213/91, caso preenchidos os requisitos legais.

Assim, se vislumbra uma possibilidade de maior concessão de benefícios de auxílio-acidente na seara administrativa, diminuindo a judicialização de pleitos desta natureza, pois caberá à Perícia Médica da Autarquia verificar se os pressupostos do artigo 86 restam preenchidos no caso concreto, mesmo que a situação não se enquadre no Anexo III do Regulamento da Previdência Social.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 3. ed. São Paulo: LEUD, 2007.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 9. Bahia: IBDP, 2007, fev./abr./maio 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. ISSN 1981-1861. Acesso em: 16 out. 2013, 9h44min.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011.

LAZZARI, João Batista; PEREIRA DE CASTRO, Carlos Alberto. *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROMAN, Flávio José. Intervenções da Administração Pública na Economia: o problema da discricionariedade técnica. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto. (Coord.). *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Forum, 2010.