
A REPERCUSSÃO DA INDICAÇÃO DE CIRURGIA NA CONCESSÃO JUDICIAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE

*THE REPERCUSSION OF SURGERY REFERRAL IN THE
JUDICIAL GRANT OF INCAPACITY BENEFIT*

Rebeca Santa Cruz

*Mestra em Direito pela UFPE. Especialista em Direito Previdenciário e Direito
Processual Civil. Procuradora Federal. Coordenadora da Equipe de Trabalho Remoto
de Benefício por Incapacidade da 5ª Região.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Os pressupostos legais para a concessão dos benefícios previdenciários por incapacidade. 2. A não obrigatoriedade da realização do procedimento cirúrgico. 3. Uma análise crítica a respeito da divergência jurisprudencial. 3.1. A corrente jurisprudencial que entende pela concessão de aposentadoria. 3.2. A corrente jurisprudencial que entende pela concessão de auxílio-doença com imposição de perícia de saída. 3.3. A corrente jurisprudencial que entende pela concessão de auxílio-doença submetido à alta programada e o acerto desse entendimento; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o impacto que a indicação da cirurgia para recuperação da capacidade laborativa deve ter sobre a concessão judicial dos benefícios previdenciários por incapacidade. Há um grande dissenso jurisprudencial em torno do tema: parte da jurisprudência entende pela concessão de aposentadoria por invalidez, enquanto outra parcela se posiciona pela concessão de auxílio-doença. A incerteza e não obrigatoriedade de realização do procedimento cirúrgico é a grande questão se coloca em xeque. Apesar de não ser possível ignorar a facultatividade da cirurgia, a legislação previdenciária estabelece qual a solução jurídica a ser dada nessas hipóteses: a concessão de auxílio-doença, submetido ao instituto da alta programada.

PALAVRAS-CHAVE: Indicação de Cirurgia. Concessão Judicial dos Benefícios Previdenciários por Incapacidade. Dissenso Jurisprudencial. Facultatividade da Cirurgia. Alta Programada.

ABSTRACT: This article aims to analyze the consequences of the indication for surgery to recover working capacity on the judicial concession of social security benefits due to incapacity. There is a jurisprudential dissent around the theme: part of the jurisprudence determines the granting of the benefit on a permanent basis, while another party defends the concession temporarily. The uncertainty and the non-mandatory nature of surgery is the big question to be solved. It's impossible to ignore the non-mandatory nature of surgery, however the social security legislation establishes the legal solution to be given in these cases: the granting of aid due to temporary incapacity with scheduled and automatic cessation.

KEYWORDS: Indication for Surgery. Concession of Social Security Benefits. Jurisprudential Dissent. Non-mandatory Nature of Surgery. Automatic Cessation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará o impacto que a indicação de cirurgia (pelo perito judicial) deve ter sobre a concessão dos benefícios previdenciários por incapacidade na esfera judicial, à luz da legislação de regência.

A grande questão a ser respondida no presente trabalho é a seguinte: diante da indicação pelo perito judicial de cirurgia como espécie terapêutica mais adequada para a erradicação da incapacidade, qual o benefício a ser concedido judicialmente e em que termos?

Quanto à estruturação formal, o presente trabalho será dividido em três tópicos.

O primeiro deles será dedicado a introduzir o leitor no tema, trazendo breves considerações a respeito dos requisitos legais para a concessão dos benefícios previdenciários por incapacidade.

O segundo explicará a disciplina do tratamento cirúrgico na Lei 8.213/91.

No terceiro será feita uma análise crítica do dissenso jurisprudencial existente em torno do tema, explicando os motivos pelos quais deve ser acolhida a corrente jurisprudencial que entende pela concessão de benefício de auxílio-doença, submetido à alta programada.

Para fornecer a resposta a questão, será realizado o estudo da legislação de regência e a proposta apresentada, ao final, será de *lege data*, já que será considerado como ponto de partida as disposições normativas existentes no ordenamento jurídico pátrio.

1. OS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE

A concessão de benefício previdenciário por incapacidade exige a presença dos seguintes requisitos, previstos na Lei nº 8.213/91 a) qualidade de segurado (arts. 11 a 13 e 102); b) carência (arts. 24, 25, I); c) incapacidade (arts. 59, 42, 62 e 86).

O auxílio por incapacidade temporária (nova nomenclatura do auxílio-doença) é devido em caso de incapacidade temporária do segurado para o seu labor habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (art. 59 da Lei 8.213/91). Como o próprio nome indica, o auxílio por incapacidade temporária é mantido durante o período em que o segurado permanecer incapaz.

Com relação à duração do benefício, importante tecer breves considerações a respeito da “alta programada”, instituto previsto nos parágrafos 8º e 9º do art. 60, da Lei n. 8.213/91 e art. 78 do Decreto 3.048/99.

A teor do que dispõem os referidos §§8º e 9º do art. 60 da Lei 8.213/1991, no ato de concessão ou reativação do auxílio por incapacidade temporária, judicial ou administrativo, será fixado previamente o prazo estimado de duração do benefício e, na ausência de fixação deste prazo, o benefício será cessado no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da implantação.

A antiga “perícia de saída” não é mais posta como condição à cessação do benefício, o que, diga-se de passagem, foi uma mudança bastante louvável, visto que tal condicionamento sobrecarregava o INSS com perícias que, não raras vezes, eram completamente desnecessárias, já que, em muitos casos, os segurados recuperados voltariam automaticamente ao trabalho sem necessidade de nova perícia.

Com efeito, a partir da “alta programada” a lógica se inverteu: se o segurado ainda não está apto para retornar ao trabalho na data de cessação previamente agendada (Data de Cessação do Benefício – DCB), é ele o responsável por provocar o INSS, por meio da ferramenta denominada de “pedido de prorrogação”. Aliás, é justamente isso que ocorre no âmbito dos atendimentos médicos particulares: o atestado fornecido pelo médico assistente traz apenas uma estimativa do prazo de recuperação; caso, ao final dessa estimativa, o paciente não se sinta recuperado, ele é quem deve se dirigir ao médico para que seja feita uma reavaliação do seu quadro clínico e, se for o caso, concedido um novo atestado.

A propósito, a legitimidade do procedimento da alta programada foi enfrentada pela TNU no tema representativo de controvérsia n. 164, ocasião na qual foi submetida a julgamento a seguinte questão:

Saber quais são os reflexos das novas regras constantes na MP nº 739/2016 (§§ 8º e 9º do art. 60 da Lei 8.213/1991) na fixação da data de cessação do benefício auxílio-doença e da exigência, quando for o caso, do pedido de prorrogação, bem como se são aplicáveis aos benefícios concedidos e às demandas ajuizadas em momento anterior à sua vigência.

Na oportunidade, a TNU firmou a seguinte tese:

Por não vislumbrar ilegalidade na fixação de data estimada para a cessação do auxílio-doença, ou mesmo na convocação do segurado para nova avaliação da persistência das condições que levaram à concessão do benefício na via judicial, a Turma Nacional de Uniformização, por unanimidade, firmou as seguintes teses: a) os benefícios de auxílio-doença concedidos judicial ou administrativamente, sem Data de

Cessação de Benefício (DCB), ainda que anteriormente à edição da MP nº 739/2016, podem ser objeto de revisão administrativa, na forma e prazos previstos em lei e demais normas que regulamentam a matéria, por meio de prévia convocação dos segurados pelo INSS, para avaliar se persistem os motivos de concessão do benefício; b) os benefícios concedidos, reativados ou prorrogados posteriormente à publicação da MP nº 767/2017, convertida na Lei nº 13.457/17, devem, nos termos da lei, ter a sua DCB fixada, sendo desnecessária, nesses casos, a realização de nova perícia para a cessação do benefício; c) em qualquer caso, o segurado poderá pedir a prorrogação do benefício, com garantia de pagamento até a realização da perícia médica¹.

Ainda sobre a “alta programada”, também vale destacar a tese firmada pela TNU no tema representativo de controvérsia n. 246, no qual foi submetida a julgamento a seguinte questão:

A partir da regra constante do art. 60, §9.º, da Lei nº 8.213/91, saber se, para fins de fixação da DCB do auxílio-doença concedido judicialmente, o prazo de recuperação estimado pelo perito judicial deve ser computado a partir da data de sua efetiva implantação ou da data da perícia judicial.

No julgamento do tema ocorrido em 20.11.2020, foi firmada a seguinte tese:

I - Quando a decisão judicial adotar a estimativa de prazo de recuperação da capacidade prevista na perícia, o termo inicial é a data da realização do exame, sem prejuízo do disposto no art. 479 do CPC, devendo ser garantido prazo mínimo de 30 dias, desde a implantação, para viabilizar o pedido administrativo de prorrogação. II - quando o ato de concessão (administrativa ou judicial) não indicar o tempo de recuperação da capacidade, o prazo de 120 dias, previsto no § 9º, do art. 60 da Lei 8.213/91, deve ser contado a partir da data da efetiva implantação ou restabelecimento do benefício no sistema de gestão de benefícios da autarquia².

1 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Tema Representativo de Controvérsia n. 164. Relator Fernando Moreira Gonçalves. Julgado em 19.04.2018.

2 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Tema Representativo de Controvérsia n. 246. Relator Fabio de Sousa Silva. Julgado em 20.11.2020.

Em sendo assim, pode-se fixar a seguinte premissa: a alta programada é um instituto previsto em lei e considerado plenamente legítimo, de acordo com o entendimento da TNU.

A aposentadoria por incapacidade permanente (nova nomenclatura da aposentadoria por invalidez) é devida quando houver incapacidade permanente para as atividades habituais, desde que o segurado seja insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência (arts. 42 e 62, Lei 8.213/91).

2. A NÃO OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO

De acordo com o art. 101 da Lei 8.213/91, o segurado em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez está obrigado, sob pena de suspensão do benefício, a **submeter-se a tratamento** dispensado gratuitamente pela rede pública de saúde, exceto transfusão de sangue e cirurgia, que são facultativos. Analisemos a literalidade do dispositivo em comento:

Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

A intenção do dispositivo é deixar clara a obrigação do segurado, *em gozo de benefício por incapacidade*, de se submeter a exames, reabilitação profissional e tratamentos gratuitos, com exceção do cirúrgico e a transfusão de sangue.

Noutros termos, a recusa de tratamento cirúrgico pelo segurado não pode ser tida como justificativa para a suspensão do benefício, visto que a cirurgia, assim como a transfusão de sangue, foi considerada pelo legislador como procedimento de caráter meramente facultativo.

Logo, a princípio, o segurado que dependa de cirurgia para recuperar sua capacidade laborativa e opte por não a realizar deve ter seu benefício mantido enquanto perdurar o estado incapacitante, ao contrário do que ocorre com o segurado que se nega a realizar a exame médico, processo de reabilitação profissional e outros tratamentos dispensados gratuitamente, hipóteses nas quais está autorizada a suspensão do benefício.

Ou seja, o fato de o segurado não se submeter ao procedimento cirúrgico necessário ao restabelecimento da sua capacidade não pode ser considerado como justa causa para suspensão do benefício pelo INSS.

Frise-se: o artigo em questão tem por finalidade apenas regular algumas hipóteses de suspensão do benefício na esfera administrativa, não possuindo qualquer relação com a identificação dos fatos geradores dos benefícios previdenciários por incapacidade, que estão previstos em dispositivos diversos, quais sejam, os artigos 42 e 59 da Lei 8.213/1991.

Partindo dessas considerações, a questão que se coloca é a seguinte: nos casos em que o perito judicial indicar a possibilidade de cirurgia como procedimento capaz de restaurar a capacidade do segurado, qual é o benefício a ser concedido na esfera judicial?

3. UMA ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Conforme será demonstrado adiante, há um grande dissenso jurisprudencial a respeito do benefício a ser concedido em caso de indicação médica de cirurgia para restabelecimento da capacidade laborativa.

É possível identificar três linhas diversas de posicionamento: a) concessão de aposentadoria; b) concessão de auxílio por incapacidade temporária com determinação de perícia de saída; c) concessão de auxílio por incapacidade temporária submetido ao instituto da alta programada.

3.1. A CORRENTE JURISPRUDENCIAL QUE ENTENDE PELA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA

Há inúmeros precedentes judiciais no sentido de determinar a concessão de aposentadoria nos casos em que o perito judicial conclui pela possibilidade de recuperação mediante cirurgia. O fundamento desse entendimento é basicamente o art. 101 da Lei 8.213/91, que deixa clara a facultatividade do procedimento cirúrgico.

Nesse sentido:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE LABORAL. POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO POR CIRURGIA. INEXIGÊNCIA DE SUA REALIZAÇÃO. 1. Quatro são os requisitos para a concessão do benefício em tela: (a) qualidade de segurado do requerente; (b) cumprimento da carência de 12 contribuições mensais; (c) superveniência de moléstia incapacitante para o desenvolvimento de qualquer atividade que garanta

a subsistência; e (d) caráter definitivo da incapacidade. 2. Embora o perito judicial tenha considerado a possibilidade de recuperação da autora mediante tratamento cirúrgico, não está aquela obrigada à sua realização, conforme consta no art. 101, caput, da Lei 8.213/91 e no art. 15 do Código Civil Brasileiro.³ Hipótese em que restou comprovada a incapacidade laborativa³.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA E CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO MÉDICO PERICIAL FAVORÁVEL, RECONHECENDO A INCAPACIDADE TOTAL PARA O TRABALHO. APESAR DE A INCAPACIDADE SER TEMPORÁRIA, DEMANDA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PARA SER DEBELADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, DIANTE DA INCERTEZA DA REALIZAÇÃO DA CIRURGIA, IMPÕEM O DEFERIMENTO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO. RECURSO DO INSS PREJUDICADO⁴.

[...] quanto à necessidade de cirurgia, a parte autora não é obrigada a submeter-se ao procedimento. No entanto, não se poderia descartar, de plano, a possibilidade de recuperação de sua capacidade laborativa para suas atividades habituais, o que convalidaria o entendimento no sentido de que a incapacidade é temporária. Todavia, em que pese o perito judicial tenha concluído ser temporária a incapacidade para o trabalho, a capacidade laboral só seria reavida mediante procedimento cirúrgico. Por conseguinte, pode-se concluir que, mesmo diante do prognóstico médico que estima recuperação, sendo o tratamento cirúrgico a espécie terapêutica mais adequada para erradicação do estado incapacitante e, não se podendo impor à parte autora submeter-se a cirurgia invasiva, deve ser concedido o benefício de aposentadoria por invalidez, enquanto perdurar o estado incapacitante⁵.

3 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Turma Regional Suplementar de Santa Catarina. AC 5026329-58.2018.4.04.9999. Relator João Batista Lazzari. Julgado em 21/02/2019.

4 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Segunda Turma Recursal do Ceará. Processo 0510179-34.2019.4.05.8102. Relator Gustavo Melo Barbosa. Julgado em 03.04.2020.

5 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma Recursal do Rio Grande do Sul. Processo 5000412-49.2019.4.04.7106. Relator Fábio Vitório Mattiello. Julgado em 26/02/2021.

Percebe-se que essa corrente jurisprudencial está fundada em duas premissas básicas: *i*) se a recuperação depende de cirurgia, enquanto não realizada a cirurgia a incapacidade deve ser tida como definitiva; *ii*) a incerteza da realização da cirurgia, diante do seu caráter facultativo, autoriza a concessão de aposentadoria.

Passa-se a seguir a demonstrar a inconsistência de tais premissas.

Com relação à primeira premissa, pode-se vislumbrar a mesma questão sob o ponto de vista oposto: enquanto existir tratamento disponível não há definitividade do estado incapacitante, sendo razoável aguardar o esgotamento da possibilidade de recuperação da parte autora para o exercício de sua atividade habitual ou outra profissão. Concluir de forma diversa é medida que se revela extremamente precipitada, sobretudo porque não é incomum a indicação de cirurgias simples com grande probabilidade de sucesso, ex: cirurgia de catarata para restabelecer acuidade visual.

Desse modo, a indicação de cirurgia não tem o condão de transmutar a natureza da incapacidade. Isto é, a incapacidade não deixa de ser temporária pelo simples fato de o tratamento cirúrgico consistir na espécie terapêutica mais adequada para a recuperação do segurado.

Nessa mesma linha de pensamento, destaque-se trecho do julgado proferido pela 4ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul:

Necessário esclarecer que o fato de a melhora depender de tratamento cirúrgico não altera o panorama da questão. Com efeito, no conceito de cirurgia ou tratamento cirúrgico está compreendida uma infinidade de procedimentos que variam muito em grau de complexidade e risco ao paciente, bem assim na possibilidade de sucesso no que diz respeito à cura do quadro incapacitante que lhes motiva. Sendo assim, se de um lado a Lei afirma que não se pode obrigar o segurado a submeter-se a tal procedimento (art. 101 da Lei 8.213/1991), de outro tampouco obriga a Administração Pública à concessão de aposentadoria por invalidez⁶.

No que atine à segunda premissa, a incerteza e a não obrigatoriedade da realização do procedimento cirúrgico nada tem a ver com o tipo de benefício a ser concedido.

Como já delineado acima, o art. 101 da Lei 8.213/1991, que é o fundamento normativo dessa corrente jurisprudencial, trata, especificamente, de hipóteses de suspensão administrativa de benefícios, não tendo qualquer relação com a definição do fato gerador dos benefícios previdenciários por incapacidade.

6 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma Recursal do Rio Grande do Sul. Processo 5000619-93.2020.4.04.7112. Relator Gerson Godinho Da Costa. Julgado em 08/03/2021.

Esse dispositivo jamais pode levar à interpretação de que a facultatividade da realização da cirurgia constitui justa causa para a concessão de aposentadoria.

A espécie de benefício por incapacidade a ser concedida depende tão somente da natureza da incapacidade: se temporária, o benefício devido é auxílio-doença, se definitiva e insuscetível de reabilitação profissional, a aposentadoria por invalidez. Essa é a exegese dos artigos 42 e 59 da Lei 8.213/1991.

Inclusive, a Emenda Constitucional n. 103/2019, com intento de especificar a correta destinação dos benefícios previdenciários por incapacidade, alterou a nomenclatura do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez, que passaram a ser denominados, respectivamente, de “auxílio por incapacidade temporária” e “aposentadoria por incapacidade permanente”. Ou seja, a atual denominação dos benefícios por incapacidade deixa ainda mais evidente a impropriedade técnica que é conceder aposentadoria para quem é detentor de incapacidade temporária.

Logo, o art. 101 da Lei 8.213/1991 não pode ser o embasamento normativo para a concessão da aposentadoria, visto que, como explicado, ele versa sobre questão diversa, não tendo qualquer relação com a identificação da espécie do benefício a ser concedida.

Ainda teria um terceiro argumento frequentemente utilizado para legitimar esse entendimento: a possibilidade de revisão administrativa a qualquer tempo durante o gozo da aposentadoria.

É bem verdade que a aposentadoria pode ser revista a qualquer tempo. Ocorre que o fato gerador da concessão da aposentadoria previsto em lei (incapacidade definitiva) não está presente. Além disso, não há como ignorar que a gestão desses benefícios pelo INSS, com designação de perícias revisionais periódicas, é bastante complicada. Inclusive, atento a essa dificuldade, o legislador passou a prever a figura da alta programada.

Logo, se a incapacidade é temporária, o benefício adequado, por determinação legal, é o de auxílio-doença.

3.2. A CORRENTE JURISPRUDENCIAL QUE ENTENDE PELA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA SUBMETIDO À PERÍCIA DE SAÍDA

Por fim, existem precedentes que concedem auxílio por incapacidade temporária, mas que, por outro lado, impõem ao INSS a incumbência da realização da perícia de saída:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. AUXÍLIO-DOENÇA OU APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-

DOENÇA. APELAÇÃO DO INSS. INCAPACIDADE PARCIAL E TEMPORÁRIA. PARTE AUTORA AGUARDA CIRURGIA. AUXÍLIO-DOENÇA MANTIDO. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E PROVIDA. [...] III – Comprovada a incapacidade parcial e temporária. Impossibilidade de exercício da atividade habitual. O autor está aguardando a realização de nova cirurgia. [...] Correta a concessão de auxílio-doença, que deve perdurar até a recuperação da cirurgia que será realizada⁷.

Portanto, entendo que não cabe a fixação de DCB, diante do grave quadro a que está acometida a autora, dependendo da realização de cirurgia para poder recuperar sua capacidade laboral, cabe ressaltar ainda que a sentença determinou a realização e perícia administrativa para verificação das condições laborais de acordo com as regras do INSS, não havendo que se falar em prejuízo à autarquia previdenciária⁸.

Esse entendimento vai de encontro à lei, que passou a prever a alta programada, em substituição ao antigo procedimento que colocava a perícia de saída como etapa antecessora necessária à cessação administrativa do benefício.

Ademais, essa visão de que inexistiria prejuízo ao INSS não corresponde à realidade, visto que condicionar a cessação do benefício à perícia de saída dificulta sobremaneira a gestão dos benefícios pela autarquia, diante do exacerbado volume de perícias e do reduzido quadro de servidores.

3.3. A CORRENTE JURISPRUDENCIAL QUE ENTENDE PELA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA SUBMETIDO À ALTA PROGRAMADA E O ACERTO DESSE ENTENDIMENTO

Sendo a incapacidade temporária, o benefício devido é o de auxílio por incapacidade temporária, com aplicação do instituto da alta programada (art. 60, §§8º e 9º da Lei 8.213/1991), cuja legitimidade já foi reconhecida pela TNU, como visto no primeiro tópico.

Nessa linha, a Turma Regional de Uniformização da 5ª Região, no julgamento do processo 0503216-97.2016.4.05.8107 (em 27.05.2019), entendeu que: *“A menção do perito à incapacidade temporária conduz à aplicação*

7 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Nona Turma. Ap 00248958320174039999, Relator Otávio Port. Julgamento: 04.04.2018.

8 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Segunda Turma Recursal de Santa Catarina. Recurso Cível 5009719042017404201. Relator Henrique Luiz Hartmann. Julgado em 21.03.2018.

da alta judicial programada mesmo nos casos em que a recuperação dependa da realização de cirurgia”.

Estabelecida a espécie do benefício a ser concedido, outro ponto que se coloca como questionamento é saber qual seria sua duração, considerando que a cirurgia é um evento de realização incerta e não obrigatória.

Em algumas situações o perito judicial consegue estimar um prazo de recuperação (pós-operatório), baseando-se em elementos seguros para isso como, por exemplo, quando o segurado informa na perícia a data do agendamento da cirurgia.

No entanto, se a recuperação da capacidade laborativa depende de condição incerta e não obrigatória (a realização da cirurgia), pode-se concluir que, a princípio, é inviável estimar um prazo de recuperação, razão pela qual a consequência lógica prevista normativamente deve ser a aplicação do prazo de 120 dias assinado no §9º do art. 60 da Lei 8.213/1991, ressalvando-se a possibilidade de pedido da prorrogação, caso persista a incapacidade.

Sendo assim, regra geral, não é cabível a fixação judicial (seja diretamente pelo julgador, seja pelo perito e acatada pelo julgador) do prazo de duração do benefício com base no §8º do art. 60. Isso porque o dispositivo deixa claro que essa fixação será feita “sempre que possível”. Ocorre que, diante da incerteza da cirurgia, na maioria dos casos não será possível fazer essa estimativa com segurança. Essa ressalva tem o condão de evitar que se faça uma estimativa aleatória, desprovida de elementos contundentes que a corrobore.

Logo, a incerteza e facultatividade da cirurgia enseja a aplicação do §9º do art. 60 (utilização do prazo geral de 120 dias).

Fundamental destacar que fixar a DCB em 120 dias não significa que o benefício cessará após o término desse lapso temporal. Isso porque o pedido de prorrogação está à disposição do segurado, bastando que seja formulado nos últimos quinze dias que antecedem à cessação. Se o segurado não conseguiu realizar a cirurgia ou simplesmente opta por não a fazer, terá a sua disposição o pedido de prorrogação.

Nessa mesma linha:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE TOTAL E DEFINITIVA. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. NECESSIDADE DE CIRURGIA. DCB. RECURSO DO INSS PROVIDO. [...] Em relação à DCB, esta Turma Recursal tem entendido que, quando não há possibilidade de fixação da DCB, em virtude de condição incerta – realização de cirurgia – ou, no caso, diante de

negativa da parte autora necessária à sua recuperação, é de bom alvitre observar o disposto pelos §§ 8º e 9º do artigo 60 da lei 8.213/91. [...]]. Dessa forma, como no caso concreto a perícia indica que a incapacidade é temporária, fixo a data de cessação do auxílio-doença (DCB) em 120 dias a partir da data da implantação do benefício, restando facultado ao segurado solicitar a respectiva prorrogação, se for o caso. Recurso do INSS provido. Sentença reformada para fixar a DCB em 120 dias a contar da data da implantação da prestação por força da tutela concedida na sentença. Sem condenação em honorários advocatícios eis que restou vencedor do recurso. Custas ex lege.⁹

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PARCIAL E TEMPORÁRIA. NECESSIDADE DE TRATAMENTO CIRÚRGICO. ALTA PROGRAMADA. CABIMENTO. PRECEDENTE DA TRU5. RECURSO INOMINADO DO INSS PROVIDO. No caso dos autos, como, segundo o perito, não é possível saber quando a cirurgia será realizada, somente estimando prazo de recuperação de 60 dias após tratamento cirúrgico, entendo que é o caso de aplicação do aludido § 9º, em que “o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença.” Assim, a DCB deve ser estabelecida em 120 dias após a implantação do benefício, cabendo à parte autora, caso queira, formular pedido de prorrogação no momento oportuno. Por este entender, voto pelo conhecimento do recurso para dar-lhe provimento, a fim de reformar a sentença recorrida fixando a DCB em 120 dias contados da implantação do benefício, ficando assegurado o pedido de prorrogação na via administrativa. Cuidando-se de verba de natureza alimentar, torna-se evidente a possibilidade de dano de difícil reparação na hipótese de pagamento tardio¹⁰.

É possível ainda encontrar precedentes que afastam o prazo geral de 120 dias, à luz do princípio da razoabilidade:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERÍCIA MÉDICA JUDICIAL. INCAPACIDADE LABORATIVA TOTAL E TEMPORÁRIA.

9 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Primeira Turma Recursal. Processo 0505175-32.2018.4.05.8302. Relatora Liz Corrêa de Azevedo. Julgado em 01.08.2019.

10 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Segunda Turma Recursal de Pernambuco. Processo 0501921-96.2019.4.05.8308. Relator Jorge André de Carvalho Mendonça. Julgado em 15/05/2020.

NECESSIDADE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. CONVERSÃO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NÃO CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE SE ESTIMAR UM PRAZO CERTO PARA REALIZAÇÃO E RECUPERAÇÃO DA CIRURGIA. PERIODICIDADE DE REVISÃO ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO ESTIPULADA EM UM ANO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RECURSO INOMINADO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDO¹¹.

[...] Diante de tais considerações, esta Turma Recursal passa a adotar o seguinte procedimento, sempre considerando a espécie de patologia incapacitante, bem como garantindo ao segurado ao menos 30 (trinta) da implantação para requerimento de prorrogação:

- a) quando o laudo médico fixar uma data provável de cessação da incapacidade, esta deve ser observada como termo final;
- b) quando não o fizer, concede-se o benefício, de regra, pelo prazo de 120 dias;
- c) excepcionalmente, quando se tratar de doença grave, cuja recuperação presuma-se logicamente não deva ocorrer no prazo acima, nem tiver o perito fixado prazo diferente, é possível fixar a DCB em prazo razoável e superior àqueles 120 dias, considerando as particularidades da patologia.
- d) por fim, sendo caso de encaminhamento do segurado para reabilitação profissional, exclui-se a possibilidade de fixação da DCB.

Para todos os casos acima, uma vez que o amparo previdenciário deve ser mantido enquanto o segurado estiver incapacitado para o labor e que a perícia judicial apenas estabelece uma “possível previsão” de alta, poderá o segurado requerer reavaliação médica administrativa para examinar a possibilidade de prorrogação do benefício, ou, se assim entender, poderá o INSS convocar o segurado, de ofício, para nova perícia administrativa, mesmo durante a tramitação do processo judicial, caso em que a cessação da cobertura somente se dará se a nova perícia administrativa atestar sua capacidade. No caso concreto, observa-se que o perito judicial referiu que a erradicação do estado

¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Terceira Turma Recursal de Pernambuco. Processo 0505175-32.2018.4.05.8302. Relatora Polyana Falcão Brito. Julgado em 26.06.2020.

incapacitante somente pode ser obtida com tratamento cirúrgico, para o qual a parte autora depende da fila de espera do SUS.

Desse modo, devido às peculiaridades do caso concreto, a DCB deve ser fixada em 12 (doze) meses a contar da implantação, merecendo reforma a sentença neste aspecto. O INSS também poderá convocar a parte autora em momento anterior, se for o caso, para nova avaliação, nos termos do § 10 do art. 60 da Lei n. 8.213/91, pois o auxílio-doença evidentemente só deve ser mantido enquanto permanecer o estado incapacitante¹².

É preciso tomar muito cuidado com esse tipo de entendimento para que os benefícios não sejam estendidos por prazos excessivos desnecessariamente. A fixação de um prazo diverso com base no §8º apenas deve ocorrer diante de elementos seguros e concretos que permitam tal estimativa, devendo ser combatida a fixação de forma aleatória. Não se pode ignorar que o dispositivo deixa claro que essa fixação deve se dar “sempre que possível” e que, de modo geral, não é possível estimar um prazo quando a recuperação da capacidade laborativa depende da realização de cirurgia.

Em sendo assim, é possível concluir que diante da incerteza e facultatividade do procedimento cirúrgico, a solução trazida pela legislação de regência é a concessão de benefício de auxílio-doença, com aplicação do prazo geral de 120 dias, exceto nos casos em que seja possível estimar um prazo diverso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incerteza e facultatividade legal da realização do procedimento cirúrgico não autoriza a concessão de aposentadoria, nem sequer a concessão de auxílio por incapacidade temporária com o condicionamento da perícia de saída.

Conceder aposentadoria, deixar de fixar DCB ou fixá-la muito distante, pode acabar servindo como um desestímulo para a busca do tratamento adequado. Obviamente que a tendência é que as pessoas enfermas desejem e busquem sua recuperação, porém não há como ignorar o risco de o segurado optar por não realizar a cirurgia apenas para manter seu benefício ativo.

Se de um lado não é possível obrigar ninguém a realizar uma cirurgia, de outro não se mostra razoável permitir que o segurado possa

12 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Quarta Turma Recursal do Rio Grande do Sul. Processo 5000619-93.2020.4.04.7112. Relator Gerson Godinho Da Costa. Julgado em 08/03/2021.

estender desarrazoadamente benefícios previdenciários mediante a recusa da realização do tratamento médico necessário ao restabelecimento da sua saúde. Caso opte por não realizar o tratamento prescrito, é bastante razoável que seja a ele atribuído o ônus de formular o pedido de prorrogação periodicamente.

E é justamente essa a solução jurídica extraída do texto legal: conceder o auxílio por incapacidade temporária, submetido à sistemática da alta programada. Se o segurado não consegue marcar a cirurgia ou simplesmente opta por não a realizar, poderá prorrogar o seu benefício quantas vezes se mostrar necessário.

O que não se pode fazer, entretanto, é desconsiderar o caráter temporário da incapacidade e seu consequente normativo apenas pelo fato de ter sido indicada a realização de um tratamento que é de realização incerta e não obrigatória.

É evidente que o segurado não pode ser obrigado a realizar cirurgia. Isso é indiscutível! Entretanto, caso opte por não buscar o tratamento prescrito, é razoável que seja a ele atribuído o ônus de formular o pedido de prorrogação periodicamente, o que, inclusive, acaba servindo como estímulo para a busca do tratamento adequado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Emenda Constitucional* n. 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>.

_____. *Lei 8.213/91*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>.

_____. *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. Nona Turma. Ap 00248958320174039999, Relator Otavio Port. Julgamento: 04.04.2018.

_____. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Quarta Turma Recursal do Rio Grande do Sul. Processo 5000619-93.2020.4.04.7112. Relator Gerson Godinho da Costa. Julgado em 08.03.2021.

_____. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Turma Regional Suplementar de Santa Catarina. AC 5026329-58.2018.4.04.9999, Relator João Batista Lazzari. Julgado em 21/02/2019.

_____. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Terceira Turma Recursal do Rio Grande do Sul. Processo 5000412-49.2019.4.04.7106. Relator Fábio Vitório Mattiello. Julgado em 26/02/2021.

_____. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Segunda Turma Recursal de Santa Catarina. Recurso Cível 5009719042017404201. Relator Henrique Luiz Hartmann. Julgado em 21.03.2018.

_____. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Quarta Turma Recursal do Rio Grande do Sul. Processo 5000619-93.2020.4.04.7112. Relator Gerson Godinho Da Costa. Julgado em 08/03/2021.

_____. *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*. Segunda Turma Recursal do Ceará. Processo 0510179-34.2019.4.05.8102. Relator Gustavo Melo Barbosa. Julgado em 03.04.2020.

_____. *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*. Primeira Turma Recursal. Processo 0505175-32.2018.4.05.8302. Relatora Liz Corrêa de Azevedo. Julgado em 01.08.2019.

_____. *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*. Segunda Turma Recursal de Pernambuco. Processo 0501921-96.2019.4.05.8308. Relator Jorge André de Carvalho Mendonça. Julgado em 15/05/2020.

_____. *Tribunal Regional Federal da 5ª Região*. Terceira Turma Recursal de Pernambuco. Processo 0505175-32.2018.4.05.8302. Relatora Polyana Falcão Brito. Julgado em 26.06.2020.

_____. *Turma Nacional de Uniformização*. Tema Representativo de Controvérsia n. 164. Relator Fernando Moreira Gonçalves. Julgado em 19.04.2018.

_____. *Turma Nacional de Uniformização*. Tema Representativo de Controvérsia n. 246. Relator Fabio de Sousa Silva. Julgado em 20.11.2020.

