

Publicações da Escola da AGU

BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE: QUESTÕES PRÁTICAS NA VISÃO CRÍTICA DE UMA EQUIPE ESPECIALIZADA

volume 12 - n. 01 - Brasília-DF, jan./abr. 2020

ISSN-2525-3298

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 12	n. 01	p. 1-139	jan./abr. 2020
---------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Renato de Lima França

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Renato de Lima França	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Vlândia Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor
Adriana Maia Venturini	Coordenadora-Geral de Ensino
Roberto Ribeiro dos Santos	Coordenador-Geral Administrativo substituto

EDITOR RESPONSÁVEL

Danilo Barbosa de Sant'anna

COORDENADORA

Clarissa Teixeira Paiva

CONSELHO EDITORIAL

Aline Machado Weber, Procuradora Federal. ETR-BI/PR
Marcelo Gorsky Borges, Procurador Federal, chefe da PF/PR.
Juliana Munhoz da Cunha Marques, Procuradora Federal. PF/PR.

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores não expressando as posições oficiais da AGU ou da República Federativa do Brasil.

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal, a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral e a partir de 2020 periodicidade quadrimestral. A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Apresentação.....	5
A Dimensão dos Benefícios por Incapacidade no Brasil: uma abordagem por meio de dados estatísticos <i>Statistical Data and Analysis of Brazilian Social Security Rights for People who Become Unable to Work Due to Illness or Accident</i> Sérgio Eidi Yamagami Sawasaki.....	07
O Abuso do Direito ao Acesso à Justiça em Ações de Benefícios por Incapacidade no JEF <i>Abuse of the Right to Access to Justice in Incapability Benefits in JEF</i> Clarissa Teixeira Paiva.....	21
A Fraude Legal de Contribuintes Individuais e Facultativos em Benefícios por Incapacidade <i>Legal Fraud of Individual and Optional Contributors in Incapability Benefits</i> Elias Augusto Reinaldin.....	36
Sobre as Hipóteses Legais de Isenção de Carência para Obtenção de Benefício por Incapacidade e as Controvérsias Judiciais em torno da Matéria <i>Legal Hypotheses of Grace Exemption to Obtain Social Security Disability Benefits and Related Court Discussions</i> Aline Machado Weber.....	52
Preexistência da Incapacidade e Doença Grave no Regime Previdenciário: quando não se aplica a isenção de carência <i>Pre-Existence of Incapability and Serious Disease in Social Security: when the exemption of grace is not applied</i> Karine Teixeira Dumêt Romera.....	68
Situação de Desemprego para Fins de Extensão do Período de Graça - uma reflexão sobre o §2º do artigo 15, da lei 8.213/91 <i>Unemployment Situation for the Extension of the Period of Grace - a reflection on 2nd paragraph article 15, of law 8.213 / 91</i> Clarice Alagasso.....	80
Emparedamento e o Filme “Eu, Daniel Blake”: dilemas do segurado empregado que busca um benefício por incapacidade <i>Walling and the Movie “I, Daniel Blake”: dilemmas of the insured employee looking for an incapability benefit</i>	

Clarissa Teixeira Paiva.....92

Redução da Capacidade Funcional por Acidente e Cobertura
Previdenciária: breve análise crítica

*Functional Capacity Reduction by Accident and Social Security Coverage: brief
critical analysis.*

James Henrique Bertolo106

Os Contornos da Reabilitação Profissional Previdenciária: sua missão
vai além de uma tentativa de eternizar o benefício por incapacidade

*The Contours of Occupational Social Rehabilitation: its mission goes beyond an
attempt to eternalize disability benefit*

Vivian Caroline Castellano122

Apresentação

Este projeto surgiu da vontade de divulgar o conhecimento adquirido a partir do trabalho de um grupo especializado. Todos os autores são integrantes da Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios por Incapacidade do Paraná (ETR-BI/PR), pioneira na especialização da matéria no Brasil. São centenas de processos recebidos diariamente desde a citação até o recurso, todos relacionados à concessão de benefícios por incapacidade (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente) e conduzidos de forma séria e comprometida por essa equipe, que conta com o segundo maior índice de sucesso de toda Procuradoria Geral Federal em 2019.

Depois de anos lidando com a mesma matéria e dedicando atenção a detalhes antes ignorados em meio ao volume de processos, foi de maneira natural com que surgiu a vontade de abordar criticamente os temas mais trabalhados no dia-a-dia. São questões recorrentes, controversas, objeto de indignação, que motivam discussão, que fazem refletir e sugerir mudanças.

Os benefícios por incapacidade são os responsáveis pelo maior movimento das agências da Previdência Social e também pela grande massa de processos na Justiça Federal em todo país. Uma única doença pode gerar vários processos administrativos e, para cada um deles, uma ação judicial. São benefícios precários e, em grande parte, de baixo valor ou com rendas equivalentes ao salário mínimo, mas que provocam o maior índice de judicialização.

O primeiro artigo já dá conta da dimensão dos benefícios por incapacidade no Brasil. Sérgio Eidi Yamagami Sawasaki faz uma abordagem estatística e traz os números dos benefícios por incapacidade em todo país. A partir desses dados, é possível inferir o uso abusivo do processo judicial do Juizado Especial Federal, em que a concessão indiscriminada da assistência judiciária gratuita está diretamente relacionada aos altos índices de improcedência. Este é o tema enfrentado por mim, Clarissa Teixeira Paiva, no segundo artigo. Ainda nessa linha crítica, Elias Augusto Reinaldin aborda de forma perspicaz as brechas que o sistema concede a contribuintes individuais e facultativos que buscam a concessão de benefícios por incapacidade sem contribuir de forma regular.

Na sequência, são tratadas questões frequentemente debatidas e que merecem uma análise jurisprudencial mais aprofundada. Aline Machado Weber explora as hipóteses legais de isenção de carência e o

debate sobre a amplitude do conceito de doença grave e acidente. Ainda sobre isenção de carência, Karine Teixeira Dumêr Romera analisa o caso de preexistência quando há doença grave. Clarice Alagasso fala sobre o desemprego como a hipótese mais polêmica de extensão do período de graça. O emparedamento é tratado a partir do drama sofrido pelo personagem principal do filme “Eu, Daniel Blake”, em mais um artigo de minha autoria. E o auxílio-acidente é objeto de análise de James Henrique Bertolo no artigo sobre a redução da capacidade funcional. Por fim, a reabilitação profissional é destrinchada por Vivian Caroline Castellano, que explica o passo a passo do processo e reforça o papel do INSS como ator principal na sua condução.

São temas imperdíveis para quem trabalha com benefícios por incapacidade ou deseja se especializar. As principais questões debatidas nas ações judiciais estão presentes nos artigos, além de os autores ainda oferecerem elementos para reflexão.

O mais importante não é repetir com maestria um ofício de que já se tem suficiente conhecimento. O maior desafio é pensar fora do processo, é elaborar caminhos alternativos e sugerir mudanças necessárias. O objetivo deste estudo vai além do nosso trabalho diário: a ideia é reproduzir as nossas reflexões, os debates e as indignações, o que está por trás das reuniões, conversas e mensagens. Isso é o resultado da vontade de se aperfeiçoar e estimular melhores práticas nas ações sobre benefícios por incapacidade.

Espero que a leitura seja produtiva.

Clarissa Teixeira Paiva
Coordenadora

A DIMENSÃO DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE NO BRASIL: UMA ABORDAGEM POR MEIO DE DADOS ESTATÍSTICOS

*STATISTICAL DATA AND ANALYSIS OF BRAZILIAN SOCIAL
SECURITY RIGHTS FOR PEOPLE WHO BECOME UNABLE TO
WORK DUE TO ILLNESS OR ACCIDENT*

Sérgio Eidi Yamagami Sawasaki

*Especialista em Direito Público, Procurador Federal, atua na Equipe de Trabalho
Remoto em Benefícios por Incapacidade do Paraná (ETR-BI/PR)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Benefícios por incapacidade;
2 Contexto demográfico; 3 A demanda pelos benefícios
por incapacidade; 4 Principais causas de incapacidade;
5 Custos relacionados aos benefícios por incapacidade;
6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Neste artigo são reunidos e analisados dados e informações estatísticas sobre benefícios por incapacidade no âmbito do Regime Geral de Previdência Social no Brasil. Traz dados sobre o contexto demográfico em que eles se inserem, dados sobre a demanda por tais benefícios, incluindo tanto requerimentos perante o Instituto Nacional do Seguro Social quanto demandas judiciais, informações sobre as principais doenças e profissões que causam incapacidade laboral, bem como os custos envolvidos (valor pago em benefícios e abordagem sobre os custos de operacionalização). O objetivo é permitir uma visão panorâmica dos benefícios por incapacidade no Brasil, facilitando a compreensão de sua dimensão no contexto nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Benefícios Por Incapacidade. RGPS. Brasil. Dados Estatísticos.

ABSTRACT: This paper collects and analyses statistical data about brazilian public social security rights for people who become temporarily or permanently unable to work due to illness or accident (related or unrelated to their works). The collected statistical data display information about demographics, demand (both administrative and judicial), causes (which illnesses commonly cause inability to work, in which working branches accidents frequently happen), and also about the costs involved in processing and managing these social security rights. The goal is to offer a broad overview concerning the reality of these social benefits in brazilian institutional framework and also to provide a better understanding of its importance in the country.

KEYWORDS: Social Security Right. Illnesses and Accidents. Brazil. Statistical Data.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo situar os benefícios por incapacidade em seu contexto nacional. Busca esclarecer o ambiente demográfico em que eles se inserem, a quantidade de requerimentos, deferimentos e indeferimentos feitos anualmente, quais as doenças que mais ensejam tais benefícios, bem como o seu custo de um modo geral.

Certamente há diversos aprimoramentos e análises relevantes a serem feitos na atuação administrativa e judicial de cada requerimento individualmente. Por outro lado, há muitos aspectos que somente são percebidos e compreendidos quando se tem uma visão ampla de todo o cenário.

O enfoque deste artigo é oferecer essa visão panorâmica dos benefícios por incapacidade. Para tanto, reuniram-se diversos dados demográficos e estatísticos, fazendo sua análise e comparações.

1 BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

Doenças, acidentes e diversos infortúnios são um risco a que todos os seres humanos estão sujeitos e que podem resultar em incapacidade laborativa (temporária ou permanente). Nesse período em que a pessoa não tem condições de laborar, seu sustento e de sua família podem ficar prejudicados.

O aprimoramento das instituições sociais levou ao desenvolvimento de um Sistema Previdenciário que, entre outros, objetiva proteger os segurados quando são acometidos por um quadro de incapacidade laborativa (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez) ou de redução da capacidade laborativa em razão de um acidente (auxílio-acidente).

A previdência social brasileira tem caráter contributivo, de modo que o direito a benefícios previdenciários pressupõe a filiação ao sistema. Ademais, cada benefício exige uma carência específica.

Por rigor científico, antes de explorar os dados estatísticos acerca dos benefícios por incapacidade, cabe uma brevíssima explanação, segundo o ordenamento jurídico nacional.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido pela lei (doze contribuições), ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos.

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida pela lei (doze contribuições), será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e

insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

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.

Das definições apresentadas, desde logo, uma peculiaridade dos benefícios por incapacidade é que eles exigem uma carência reduzida (apenas doze contribuições) ou mesmo isenção de carência. E isso é compreensível. O objetivo é proteger os segurados de eventos incapacitantes que podem ocorrer a qualquer momento de suas vidas laborativas. Assim, o benefício deve poder ser exercido durante a maior parte da vida laborativa dos segurados.

Essa carência reduzida, entretanto, possibilita um desequilíbrio entre o quanto o segurado contribui para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e o quanto recebe (tecnicamente, uma pessoa pode fazer pouco mais de doze contribuições, mas receber o benefício por vários anos em que se mantiver incapaz). Mesmo assim, o sistema é concebido para manter o equilíbrio atuarial, contanto que haja uma devida proporção entre o número total de contribuições e o número de segurados que ficam em situações incapacitantes.

Outra peculiaridade dos benefícios por incapacidade é que a sua operacionalização demanda a verificação da incapacidade laborativa. Avaliar se uma pessoa está capaz ou incapaz para exercer o seu trabalho pode ser uma análise bastante complexa, envolvendo conhecimentos médicos. Nesse sentido, operacionalizar a demanda de tais benefícios envolve a realização de milhões de laudos médicos periciais todos os anos.

No Brasil, a operacionalização do reconhecimento dos direitos dos segurados (e seus dependentes) no âmbito do RGPS fica a cargo de uma autarquia federal, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Ademais, adota-se um sistema em que os atos administrativos do INSS podem ser revisados pelo Poder Judiciário.

Para melhor compreensão da realidade dos benefícios por incapacidade no Brasil, traremos a seguir uma série de dados estatísticos que permitirão uma melhor visualização de sua magnitude e reflexos na organização nacional.

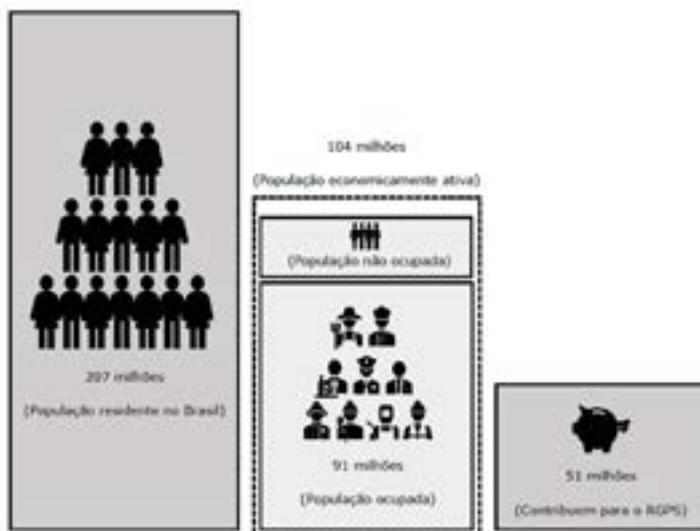
2 CONTEXTO DEMOGRÁFICO

Para uma visão panorâmica da realidade nacional, é interessante partir dos dados populacionais.

Conforme o Boletim Estatístico da Previdência Social de junho de 2019 (volume 29, número 6, fl. 7), em 2017 a população residente no Brasil era de cerca de 207 milhões de pessoas. De todas essas pessoas, têm capacidade produtiva (idade, condições e interesse em trabalhar) cerca de 104 milhões de pessoas (população economicamente ativa), sendo que 91 milhões estão ocupadas (possuem algum ofício – seja ele remunerado, não remunerado, por conta própria ou por meio de um empregador).

A mesma fonte esclarece que cerca de 51 milhões de pessoas contribuem para o RGPS. A maioria (39 milhões) é de empregados, seguidos por 9 milhões de contribuintes individuais, 1,4 milhão de trabalhadores domésticos, 1,2 milhão de segurados facultativos e cerca de dois mil segurados especiais.

A compreensão dos dados é facilitada por meio da seguinte esquematização:

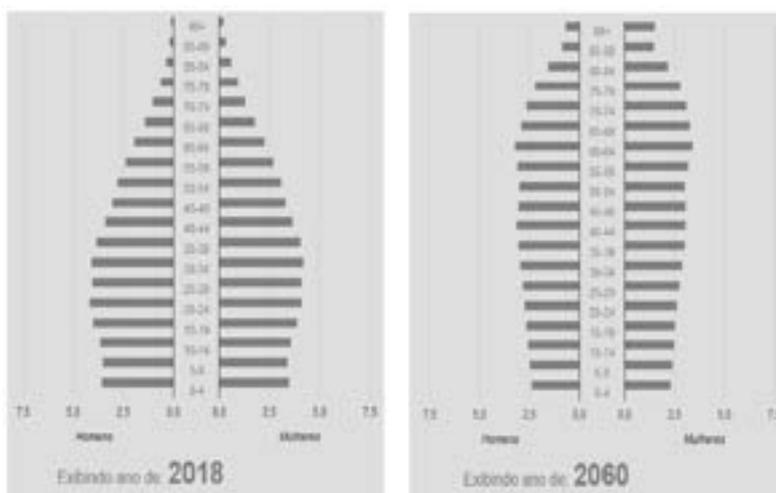


Da análise desses dados, pode-se dizer que há cerca de 51 milhões de pessoas no Brasil que potencialmente podem ter direito a algum benefício por incapacidade em algum período de suas vidas laborativas (perante o RGPS).

Os dados também indicam que há um grande número de trabalhadores informais no Brasil. Segundo o Anuário Estatístico da Previdência Social de 2017 (fl. 838), no ano de 2016, dos indivíduos entre 16 a 59 anos de idade ocupados, havia cerca de 23 milhões de

peças sem proteção previdenciária. A medida que tais pessoas forem incluídas no Sistema Previdenciário, haverá um aumento significativo da população que potencialmente poderá ter direito a benefícios por incapacidade.

Outro fator interessante de ser analisado é a pirâmide etária. Segundo o IBGE de 2018 a 2060 estima-se que haverá um significativo envelhecimento da população brasileira. O aumento da expectativa de vida, a redução da taxa de mortalidade e a redução da taxa de fecundidade mudarão amplamente o cenário demográfico do Brasil no decorrer das próximas décadas.



Pirâmide etária no Brasil em 2018 e projeção para 2060, segundo IBGE

Como doenças incapacitantes tendem a aparecer com maior frequência conforme o avançar da idade, há uma tendência de aumentar a demanda relativa de benefícios por incapacidade.

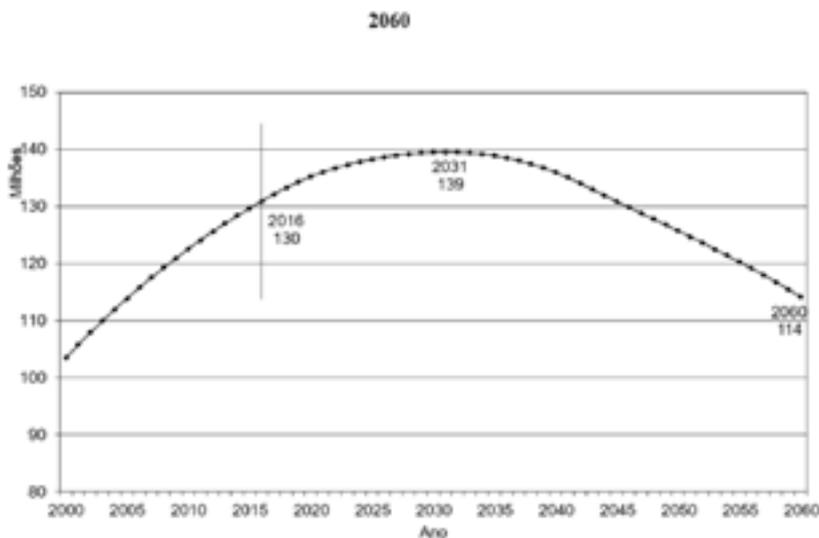
Por outro lado, a pirâmide etária também indica que haverá uma diminuição da população em idade ativa (considerado estatisticamente dos 16 aos 59 anos). Consequentemente diminuirá a quantidade de contribuintes, havendo uma tendência a diminuir a quantidade absoluta de requerimentos de benefícios por incapacidade.

Entretanto, no médio prazo, o gráfico abaixo indica que haverá um aumento da população economicamente ativa até 2031, sendo que somente a partir de 2045 o número passaria a ser menor do que o patamar atual. Assim, baseado apenas nesse fator demográfico, pode-se

dizer que a demanda pelos benefícios por incapacidade está atualmente em tendência de alta.

De fato, segundo as Demonstrações Contábeis e Notas Explicativas de 2018 do Fundo do Regime Geral de Previdência Social (fl. 110):

Gráfico 3.6 - Projeção da evolução da população em idade ativa (16 a 59 anos) - 2008.



Dessa forma, tendo em consideração o quantitativo da população em idade ativa, no longo prazo pode-se projetar uma diminuição da demanda pelos benefícios por incapacidade, mas no curto e médio prazos a demanda deve continuar aumentando.

3 A DEMANDA PELOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

Foi visto que em 2017 havia cerca de 51 milhões de pessoas no Brasil que potencialmente poderiam ter direito a algum benefício por incapacidade em algum período de suas vidas laborativas.

Mas, quantos requerimentos chegam a ser efetivamente feitos a cada ano? Tal informação consta no Boletim Estatístico da Previdência Social de junho de 2019 (volume 29, número 6, fl. 52):

Anualmente são feitos de 8 a 10 milhões de requerimentos de benefícios em geral perante o INSS. Desse volume, cerca de 4 a 5 milhões são requerimentos de benefícios por incapacidade.

Percebe-se que os benefícios por incapacidade constituem uma grande demanda para o INSS. Cerca de metade de todos os requerimentos são em razão de tais benefícios.

A mesma fonte de dados indica que um pouco mais da metade desses requerimentos são deferidos pelo INSS.

De outro lado, anualmente cerca de 2,25 milhões de requerimentos de benefícios por incapacidade são indeferidos pelo INSS. As pessoas que tiveram seus requerimentos indeferidos poderão recorrer ao Poder Judiciário para revisar o ato de indeferimento do INSS.

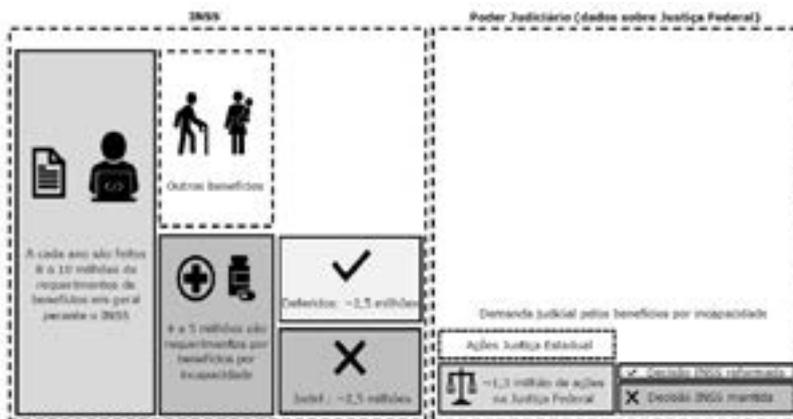
Dessa forma, só em razão de indeferimentos pelo INSS, há cerca de 2,25 milhões de potenciais demandas judiciais de benefícios por incapacidade a cada ano.

Segundo os dados constantes no relatório Justiça em Números de 2019 (referente ao ano-base de 2018) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre as demandas mais recorrentes segundo as classes e os assuntos, só no âmbito da Justiça Federal foram cerca de 787 mil demandas relacionadas a auxílio-doença. Ainda tivemos em torno de 512 mil demandas sobre aposentadoria por invalidez.

Assim, apenas com relação a benefícios por incapacidade foram cerca de 1,3 milhão de demandas perante a Justiça Federal. É preciso lembrar que há ainda as demandas perante a Justiça Estadual (benefícios acidentários e em razão de competência delegada - art. 109, § 3º, Constituição Federal - número esse que não está sendo computado nos dados acima).

Assim, em 2018 o INSS indeferiu 2,4 milhões de requerimentos de benefícios por incapacidade e foram ajuizadas 1,3 milhão de demandas só na Justiça Federal em razão de tais benefícios.

A seguinte esquematização permite visualizar melhor os dados:



Os dados demonstram que a demanda perante o INSS é elevada. Trata-se de uma enorme quantidade de requerimentos para serem recebidos, processados, instruídos e analisados em todo o vasto território nacional. E cerca de metade de todos esses requerimentos são de benefícios por incapacidade.

Para interpretar melhor os deferimentos e indeferimentos de benefícios por incapacidade pelo INSS, é preciso compreender que um requerimento pode ser indeferido em razão de vários motivos, dos quais pode-se mencionar: a) não ser comprovada a incapacidade; b) não haver qualidade de segurado na data de início da incapacidade; c) não haver preenchimento da carência na data de início da incapacidade; d) incapacidade inferior a 15 dias consecutivos; e) requerimento feito após o término da incapacidade (a depender da hipótese).

Quanto ao reconhecimento da incapacidade, segundo o Anuário Estatístico da Previdência Social de 2017 (fl. 545):

Em 2017 foram realizados 6.537.006 exames médico periciais, dos quais 4.646.779, cerca de 71,1%, tiveram seu benefício deferido (ou seja, houve a constatação da incapacidade para o trabalho). Ressalta-se que, dentro do grupo de benefícios indeferidos, não se encontram apenas os de inexistência de incapacidade, mas também os de causa administrativa, tais como falta de carência e de qualidade de segurado, nas quais, embora a perícia médica tenha reconhecido a existência de incapacidade laborativa, não houve enquadramento legal para a concessão do benefício.

Do total de 6.537.006 exames médico periciais realizados, 5.765.089 correspondem ao Auxílio Doença Previdenciário (B31), 487.853 ao Auxílio Doença Acidentário (B91) e 276.553 ao benefício Assistencial concedido à Pessoa com Deficiência. Cabe esclarecer que o fluxo de avaliação deste benefício assistencial inicia-se com a análise administrativa da renda do requerente.

Ou seja, os peritos médicos que atuam no INSS reconhecem a existência da incapacidade em uma grande quantidade de casos (71,1% em 2017). Desse modo, muitos benefícios são indeferidos em razão do não preenchimento de outros requisitos legais.

A qualidade de atuação do INSS nos benefícios por incapacidade também pode ser feita por meio da análise das demandas judiciais.

De um modo geral, cerca de 60 a 70% das demandas judiciais sobre benefícios por incapacidade no âmbito dos Juizados Especiais Federais são

indeferidas pelo Poder Judiciário (ou seja, a decisão do INSS acaba sendo mantida na maioria dos casos).

Dessa forma, os dados indicam que de todos os requerimentos de benefícios por incapacidade feitos perante o INSS: a) em 70% dos casos a perícia administrativa reconhece haver incapacidade; b) cerca de 50% são deferidos; c) dos casos levados ao Poder Judiciário para revisão, de 60 a 70% são mantidos.

Considerando que os deferimentos foram corretos, pode-se dizer que há uma taxa de acerto na análise do INSS em torno de 80 a 85% dos casos¹. Veja-se que o INSS resolve uma boa parte dos casos na via administrativa. E dentre os casos que são levados para revisão pelo Poder Judiciário, na maioria dos casos a decisão do INSS é mantida.

É certo que muitos pontos devem ser aprimorados, mas considerando o enorme volume de requerimentos feitos todos os anos, os índices são favoráveis.

De outro lado, os dados indicam também um excesso de demandas judiciais, havendo um certo desequilíbrio pelos segurados na movimentação da máquina judiciária.

Quando um requerimento é indeferido incorretamente pelo INSS, os segurados devem poder buscar o Poder Judiciário para que este revise o ato da autarquia e garanta o seu legítimo direito. Entretanto, se cerca de 60 a 70% das demandas judiciais são indeferidas (fica mantida a atuação do INSS), há indício de que o acionamento do Poder Judiciário está ocorrendo de forma inadequada em um número elevado de casos.

Como o Poder Judiciário é mantido por meio de recursos públicos, esse excesso de demandas judiciais acaba sendo prejudicial para a população como um todo. Não há dúvidas de que o acesso à justiça deve ser defendido e aprimorado. Mas o excesso de demandas (sem efetiva necessidade), além de aumentar os gastos públicos, torna cada processo mais demorado (pois há um volume muito grande para analisar), prejudicando aqueles que realmente têm direitos a serem tutelados.

4 PRINCIPAIS CAUSAS DE INCAPACIDADE

¹ Metade dos requerimentos são deferidos pelo INSS e dentre os indeferidos que são levados para revisão pelo Poder Judiciário, 60 a 70% são mantidos. Assim, de um modo geral, a atuação acertada do INSS corresponde a: 50% de deferimentos + 60 a 70% dos indeferimentos (casos em que o Poder Judiciário mantém a decisão do INSS). Isso corresponde a: $50\% + 0,6 (50\%) = 80\%$ ou $50\% + 0,7 (50\%) = 85\%$.

Conforme dados coletados pelo INSS² no ano de 2017 a dorsalgia (nome técnico para dor nas costas) foi a doença que mais causou incapacidade entre os trabalhadores brasileiros. Foram 83.763 casos.

Nota-se um alto índice de doenças ortopédicas, incluindo fraturas diversas, transtornos em discos intervertebrais, lesões do ombro e do joelho.

Há também um número relativamente alto de profissionais que ficam afastados de seus postos de trabalho em razão de episódios depressivos e outros transtornos ansiosos.

Chama atenção também o grande número de afastamentos em razão de varizes dos membros inferiores e apendicite aguda.

A neoplasia maligna da mama também está entre as doenças que mais geram necessidade de benefícios por incapacidade.

Esse acompanhamento das doenças que mais ensejam benefícios por incapacidade permite uma melhor compreensão da demanda de tais benefícios, bem como do contexto em que ocorre. Ademais, avaliar a causa originária dos benefícios permitirá eventualmente o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para sua prevenção.

O INSS também mantém uma base de dados relativa ao número de auxílios-doença concedidos segundo os códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE³.

Os dados indicam que as atividades que mais geram auxílio-doença relacionado ao trabalho (tanto em razão de acidentes de trabalho, como doenças profissionais e doença do trabalho) são, entre outras: Atividades de atendimento hospitalar; Limpeza em prédios e em domicílio; Restaurantes e outros estabelecimentos de serviços de alimentação e bebidas; Atividades de Correio; Transporte rodoviário de carga; Transporte rodoviário coletivo de passageiros; Comércio varejista de ferragens, madeira e materiais de construção; Comércio varejista de mercadorias em geral; Construção de edifícios.

5 CUSTOS RELACIONADOS AOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

Como visto, cerca de metade de todos os requerimentos feitos perante o INSS são de benefícios por incapacidade. Mas, qual o custo que isso representa?

2 Vide site < <http://www.previdencia.gov.br/2018/03/saude-do-trabalhador-dor-nas-costas-foi-doenca-que-mais-afastou-trabalhadores-em-2017/>>.

3 Vide em < <http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/estatisticas-cnae-2-0/tabelas-cnae-2-0/>>.

Segundo as Demonstrações Contábeis e Notas Explicativas de 2018 do Fundo do Regime Geral de Previdência Social⁴ (fl. 21), no ano de 2018 pagou-se aos segurados em benefícios previdenciários um valor que chegou ao montante de 569 bilhões de reais. Grande parte desse valor é pago em razão de aposentadorias e pensões. Isso provavelmente ocorre porque tais benefícios ficam ativos por vários anos, de modo que as concessões de um ano vão se acumulando com as concessões dos anos seguintes.

Dentro do grupo das aposentadorias, a aposentadoria por invalidez representou em 2018 uma despesa de 55,7 bilhões de reais⁵.

Os demais benefícios previdenciários (exceto aposentadorias e pensões), somaram uma despesa em torno de 37 bilhões de reais.

De um modo geral, considerando as aposentadorias por invalidez, pode-se estimar que os benefícios por incapacidade representam cerca de 10% da folha de pagamentos de benefícios do RGPS.

Por outro lado, como vimos, os benefícios por incapacidade representam cerca de metade de todos os requerimentos e deferimentos feitos perante o INSS.

O que se nota é que há uma forte demanda de benefícios por incapacidade (principalmente auxílio-doença), mas pelo seu caráter temporário, ao mesmo tempo que a cada ano é deferida uma grande quantidade desses benefícios, também é cessada uma grande quantidade.

De fato, segundo o Boletim Estatístico da Previdência Social de junho de 2019 (volume 29, número 6, fl. 47), observamos que no mês de maio de 2019, de 431 mil benefícios que cessaram, 290 mil foram cessação de benefícios por incapacidade (principalmente auxílio-doença).

Ou seja, os dados indicam que uma proporção relevante dos benefícios que são deferidos periodicamente são benefícios por incapacidade. Mas, de outro lado, uma proporção relevante dos benefícios que são cessados periodicamente também são benefícios por incapacidade.

Esse fato faz com que as aposentadorias e as pensões (que ficam ativas por vários anos e são cessadas em uma taxa menor) representem ao final uma parte mais expressiva da folha de pagamentos do RGPS.

De toda forma, como vimos, considerando as aposentadorias por invalidez, pode-se estimar que os benefícios por incapacidade representam cerca de 10% da folha de pagamentos do RGPS.

4 Disponível em <<https://www.inss.gov.br/wp-content/uploads/2019/02/Nota-Explicativa-final-formatada-13.02.2019.pdf>>.

5 Demonstrações Contábeis e Notas Explicativas de 2018 do Fundo do Regime Geral de Previdência Social (fl. 23), disponível em <<https://www.inss.gov.br/wp-content/uploads/2019/02/Nota-Explicativa-final-formatada-13.02.2019.pdf>>.

Ainda, é preciso lembrar que os benefícios por incapacidade envolvem diversos custos. Não se trata apenas do valor pago em benefícios.

Manter um sistema para operacionalizar os benefícios por incapacidade em todo o território nacional envolve a manutenção de milhares de imóveis para sediar as agências do INSS, manutenção de mobília, computadores, profissionais especializados e médicos (para realizar as perícias). Basta ressaltar que metade dos requerimentos feitos perante o INSS são de benefícios por incapacidade para ficar claro que boa parte dessa estrutura está relacionada à operacionalização desses benefícios.

E esses custos não se restringem à esfera administrativa. Como se viu, em 2018 foram ajuizadas 1,3 milhão de demandas só na Justiça Federal em razão de tais benefícios.

Assim, não há dúvidas de que uma parte da estrutura do Poder Judiciário (em sentido amplo, envolvendo número de magistrados, número de servidores, imóveis, gastos com computadores) existe e é mantida em razão dessa demanda de prestação jurisdicional decorrente do grande volume de benefícios por incapacidade. Pode-se dizer também que nessas 1,3 milhão de ações de benefícios por incapacidade ajuizadas em 2018, em uma boa parte acabou sendo nomeado e pago um perito judicial. E, em razão do benefício da justiça gratuita, uma proporção relevante de tais perícias judiciais foi paga pelo próprio erário.

É importante ressaltar que haver gastos com benefícios por incapacidade é natural e esperado em qualquer país que se proponha a garantir e operacionalizar esse importante direito social para a população. Pragmaticamente, deve haver agências de atendimento, servidores e médicos peritos para processar os requerimentos. Também é essencial que haja um sistema judicial bem estruturado para possibilitar a revisão das decisões administrativas. Por outro lado, vale sempre refletir sobre a proporção que esses gastos estão tomando e buscar continuamente por aprimoramentos.

6 CONCLUSÃO

Vimos que há cerca de 51 milhões de pessoas no Brasil que têm direito potencial a benefício previdenciário caso fiquem em situação de incapacidade laborativa.

Metade de todos os requerimentos feitos perante o INSS são em razão de benefícios por incapacidade (o que representa em torno de 4 a 5 milhões de requerimentos anualmente).

Nesse contexto, os benefícios por incapacidade representam cerca de 10% da folha de pagamentos do RGPS.

Só em 2018 e apenas na Justiça Federal, foram ajuizadas cerca de 1,3 milhão de ações envolvendo benefícios por incapacidade.

Com esses dados, fica claro que os benefícios por incapacidade têm um peso relevante para a administração pública brasileira. E isso ocorre porque são benefícios de alta rotatividade (em razão de o auxílio-doença ser temporário, ele é deferido e cessado periodicamente em quantidades expressivas), além de sua análise demandar a realização de perícias médicas (só em 2017 foram realizados 6.537.006 exames médicos periciais no INSS, sendo a expressiva maioria em razão de benefícios por incapacidade). Desse modo, a operacionalização desses requerimentos e cessações demanda parte relevante dos recursos do INSS, bem como das várias instituições envolvidas na demanda judicial desses benefícios.

Assim, a reunião de dados estatísticos sobre benefícios por incapacidade permite uma visão ampla, contextual e pragmática de sua relevância e dimensão no cenário nacional.

REFERÊNCIAS

Anuário Estatístico da Previdência Social de 2017;

Boletim Estatístico da Previdência Social de junho de 2019 (volume 29, número 6);

Demonstrações Contábeis e Notas Explicativas de 2018 do Fundo do Regime Geral de Previdência Social;

Justiça em Números de 2019 (ano-base 2018) pelo Conselho Nacional de Justiça.

O ABUSO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA EM AÇÕES DE BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE NO JEF

*ABUSE OF THE RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE IN
INCAPABILITY BENEFITS IN JEF*

Clarissa Teixeira Paiva

*Especialista em Direito Constitucional, Procuradora Federal, atua na Equipe de
Trabalho Remoto em Benefícios por Incapacidade do Paraná (ETR-BI/PR)*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O início de tudo: quando o Juizado Especial Federal foi criado; 2. O que deu errado com as ações de incapacidade que faz questionar a própria função do JEF; 3. Todo abuso deve ser coibido: possíveis soluções para regulação do acesso à justiça; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo aborda o acesso à justiça no âmbito do Juizado Especial Federal nas ações de benefícios por incapacidade. O que se procura explicar é como o JEF proporcionou a multiplicação de demandas descabidas sob o ímpeto de proporcionar o mais amplo acesso à justiça. Então, o que se constata é que o principal responsável pela maior crise orçamentária da Justiça Federal é a concessão indiscriminada de assistência judiciária gratuita. A falta de critérios objetivos para a aferição da hipossuficiência e a presunção por mera declaração estimulam ações temerárias, pois o processo corre a custo zero. Apesar disso, aponta que o problema pode ser resolvido com algumas mudanças, a exemplo do que ocorreu com a reforma trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Juizados Especiais Federais. Benefícios Por incapacidade. Abuso de Direito.

ABSTRACT: This article deals with access to justice in the Federal Special Court in incapability benefits causes. What we are trying to explain is how the JEF provided the multiplication of unreasonable demands under the impetus to provide the widest access to justice. So, it turns out that the main responsible for the biggest budget crisis of the Federal Justice is the indiscriminate granting of free legal assistance. The lack of objective criteria for gauging hypo-sufficiency and presumption by mere declaration stimulate reckless actions, as the process runs at zero cost. Nevertheless, it points out that the problem can be solved with some changes, as happened with the labor reform.

KEYWORDS: Federal Special Courts. Incapability Benefits. Abuse of rights.

INTRODUÇÃO

Este artigo aborda uma questão muito séria que envolve a judicialização dos benefícios por incapacidade. O acesso dos segurados à Justiça hoje é tão amplo que está à beira de levar o sistema ao caos. Por anos, a notícia se espalhou e as pessoas correram ao Judiciário para tentar obter o que não conseguiam no INSS. É tudo muito simples, prático, rápido e não custa nada.

E a razão de envolver os benefícios por incapacidade em meio ao caos é que esse tipo ação é o campeão de volume nos Juizados Especiais Federais (JEF). É um tipo de demanda que pode ser ajuizada várias vezes por um mesmo segurado. Como o benefício por incapacidade tem natureza precária, a sua simples cessação administrativa pode levar ao Judiciário o interesse de reativá-lo. Isso significa que um único benefício pode gerar várias ações judiciais e, portanto, o segurado ou beneficiário por incapacidade é o maior consumidor do Juizado Especial Federal (JEF).

O modelo do Juizado Especial como um instrumento de concretização rápida e eficiente de direitos previdenciários é uma ideia que funciona muito bem. Ninguém questiona isso. Nunca foi tão fácil ajuizar uma ação, pois até a representação por advogado é dispensada. Isso trouxe popularidade para o Judiciário, porque finalmente o Brasil conseguiu elaborar um sistema jurisdicional que funciona.

Porém, passados quase 20 anos da Lei 10. 259/01, é preciso refletir profundamente no que o JEF se tornou. Este artigo então pretende tratar da evolução do JEF como ferramenta de amplo acesso à Justiça juntamente com o aumento das ações previdenciárias. O objeto deste estudo é demonstrar que as ações de benefícios por incapacidade são as responsáveis pela maior parte das demandas e como isso levou o amplo acesso a se transformar em abuso de direito. Em que ponto o acesso à justiça se tornou tão amplo a permitir que os seus usuários disponham dele de forma abusiva.

A primeira parte irá explicar o contexto histórico da criação do JEF e o principal motivo de promover o amplo acesso à justiça. Na segunda parte será abordado o crescimento e amadurecimento do JEF, no que ele se tornou hoje, a concessão indiscriminada de assistência judiciária gratuita (AJG), a crise dos honorários periciais, as ações reiteradas dos segurados e a crise de identidade da Justiça. A terceira parte apresenta soluções para o problema, como evitar que acesso à Justiça se torne amplo demais e leve a situações de abuso.

1 O INÍCIO DE TUDO: QUANDO O JUIZADO ESPECIAL FEDERAL FOI CRIADO

Legalmente, a criação do JEF foi autorizada pela Emenda Constitucional 22/99, que acrescenta o parágrafo único ao art. 98. Até então, o juizado especial existia apenas em âmbito estadual, a partir da Lei 9.099/95.

O que motivou a criação do juizado especial também na esfera federal foi a existência de um processo que superasse formalismos, valorizasse os princípios da oralidade e da economia processual. A ideia principal era alcançar uma prestação jurisdicional rápida e simples, tendo como inspiração o já criado e bem-sucedido juizado especial estadual.

Interessante notar que na exposição de motivos da proposta de emenda (nº 526 de 1997), foi expressamente considerado que os juizados federais seriam “o foro competente para julgar os pedidos dos segurados para a concessão ou reimplantação de benefícios junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS”.

Ou seja, o JEF seria o âmbito de discussão perfeito para causas previdenciárias, especialmente envolvendo benefícios por incapacidade. Quando se fala em “reimplantação”, o sentido é fazer do JEF o principal meio para os segurados obterem o restabelecimento dos seus auxílios-doença, pois essas causas envolveriam majoritariamente valores pequenos.

Claramente, o JEF surge como uma promessa de revolucionar a prestação jurisdicional, pois era visto como um instrumento de modernização e democratização da Justiça. E aqui está a palavra chave: “democratização”, pois implica necessariamente no amplo acesso. Para que essa ideia se concretizasse, era preciso disponibilizar alguns facilitadores do acesso à Justiça: os principais são a dispensa de advogado para atuação em primeiro grau e a assistência judiciária gratuita, que livra o autor do pagamento de custas, exame pericial, elaboração de cálculos de execução e de honorários advocatícios. Todos esses custos são importantes nas ações de benefício por incapacidade.

Na prática, todos os segurados que requerem assistência judiciária gratuita estão aptos a receber esse benefício, considerando a flexibilidade das disposições legais e sua aplicação. Isso ocorre pelo simples fato de o teto dos benefícios previdenciários já funcionar como um limitador de renda, pois nenhum benefício tem renda superior a R\$ 5.839,45, em 2019. Então, se um segurado quer demandar no JEF, é certo que ele litigará de graça. Basta afirmar que não tem condições financeiras de arcar com as custas do processo.

E assim, posteriormente com a Lei 10.259/2001, foi criado o JEF e foram abertas as portas para os segurados do INSS que tivessem algum interesse em recorrer à Justiça para receber ou manter os seus benefícios.

A criação do JEF repercutiu de forma instantânea na Justiça Federal. A expectativa inicial de que as varas comuns seriam desafogadas não se confirmou, pois o volume se manteve e o JEF absorveu um quantitativo cada vez maior de processos, provando que existia uma enorme demanda reprimida de conflitos não jurisdicionalizados. A prova disso são os números divulgados pelo CJF¹ em pesquisa comemorativa aos 10 anos de juizados especiais. Nesse estudo, foi divulgado que entre 2002 e 2005, o número de processos distribuídos aumentou em 5 vezes, passando de 350 mil para 1,5 milhão. Depois esse número se estabilizou até a data final da pesquisa em 2011.

Isso prova que não houve uma simples “migração” de um rito para o outro. O que aconteceu foi que pessoas que jamais tinham cogitado em entrar com uma ação na justiça, passaram a ser clientes do JEF. Parece óbvio que a certeza de poder litigar de graça, bem como a falta do risco da sucumbência, fez com que o JEF atraísse muita gente. O crescimento em apenas 5 anos é assombroso.

Porém, o principal ponto que interesse a este estudo é que o CJF apurou que 70% das ações em trâmite no JEF em 2011 eram de natureza previdenciária. Naquele momento, os pedidos de auxílio-doença só ficavam atrás dos benefícios de origem rural².

Com isso, a vocação previdenciária do JEF está mais do que provada. De fato, o juizado se consolidou como a segunda casa do segurado, tanto que popularmente passou a ser chamado de “balcão do INSS”, embora o tom seja mais crítico do que inicialmente possa parecer.

2 O QUE DEU ERRADO COM AS AÇÕES DE INCAPACIDADE QUE FAZ QUESTIONAR A PRÓPRIA FUNÇÃO DO JEF

Diante dos números apurados pelo CJF nos 10 primeiros anos de JEF, é possível observar que houve, sim, uma grande democratização da justiça. Diante de um panorama inicial tão favorável, o que pensar do JEF 20 anos depois da sua criação?

1 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Acesso À Justiça Federal: Dez Anos De Juizados Especiais*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 12.

2 Idem, páginas 108 e 109.

O JEF foi criado para ocupar um espaço inexistente e então muito carente, que era o da judicialização de direitos sociais. Em um contexto como esse, para se atingir a meta do amplo acesso, era necessário retirar todos os obstáculos. Uma vez que eles não existem mais e o JEF se consolidou como meio eficaz de concretização de direitos, já é possível passar a uma nova etapa, que é a de aprimoramento do processo. É preciso repensar o papel do JEF.

Pode-se dizer que, passada a maioridade, o JEF demanda hoje um outro tipo de reflexão. A discussão não pode mais se restringir apenas a números e estatísticas, porque o JEF já atingiu as expectativas iniciais de amplo acesso e celeridade. Com o nível de amadurecimento que se tem hoje, é possível analisar além dos números e questionar se a meta do Judiciário é simplesmente abraçar um número cada vez maior de processos a custo zero de maneira indiscriminada. É óbvio que o grande volume só cria obstáculos à qualidade da prestação jurisdicional. O JEF já se provou como uma excelente ferramenta democrática, mas precisa encontrar um equilíbrio.

Quando se pensa nas ações de benefícios por incapacidade, o equilíbrio está longe de existir. O que se observa hoje é uma realidade que mais reflete o abuso do direito ao amplo acesso. Tanto se concedeu e se permitiu, sem exigir quase nada dos autores/segurados, que as ações são ajuizadas sem nenhuma responsabilidade e o JEF virou loteria.

Quando se aponta o dedo para a Justiça, o que se costuma ouvir em resposta é que a culpa é toda do INSS. Se o serviço fosse bem prestado, as pessoas não seriam obrigadas a procurar a Justiça.

Ao contrário do que se costuma ouvir, o INSS é um grande conessor de auxílio-doença. A grande maioria dos requerimentos administrativos é deferida. No Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS, de 2017³, 71% das perícias realizadas foram favoráveis aos segurados. Isso prova que não é verdade a fama de que os peritos do INSS são muito rigorosos e que esse seria o principal motivo de tantas pessoas recorrerem ao Judiciário. As pessoas entram com ações no JEF, porque elas não têm nada a perder.

A estatística de concessões administrativas se inverte completamente quando se analisa o resultado das ações judiciais em benefícios por incapacidade. O índice de sucesso de muitas procuradorias especializadas, como a do Paraná, é de 70% em média. Ou seja, 70% das pessoas tem sentenças de improcedência ou extinção em primeiro grau. Nesses casos, o indeferimento administrativo é confirmado. Apenas a minoria dos processos obtém um resultado que reforma a decisão do INSS.

3 MINISTÉRIO DA FAZENDA, DATAPREV, INSS. *Anuário Estatístico da Previdência Social*. V. 24. Brasília, 2017. p. 549.

É muito claro que o JEF está sendo usado sem nenhum critério. Os casos incontestáveis de incapacidade estão sendo deferidos pelo INSS já na via administrativa e, portanto, nem chegam ao Judiciário. O que sobra são os casos duvidosos, mais interpretativos do quadro de saúde do segurado, e os manifestamente indevidos. Estes últimos são os que enchem o JEF de ações desnecessárias. São esses que vão compor a grande parte dos 70% de improcedências que se observam na prática.

Uma pessoa que tem o benefício negado pelo INSS não tem hoje nenhum obstáculo para entrar com uma ação no JEF. Nenhum obstáculo formal, mas também nenhum filtro moral. A concessão indiscriminada de assistência judiciária gratuita tem uma grande parcela de culpa nisso. Basta o segurado afirmar que não tem como arcar com as custas do processo que o benefício lhe é automaticamente concedido, por presunção. E assim o processo todo se desenrola sem nenhum ônus: perícia médica, recurso e honorários advocatícios de sucumbência a custo zero. Essa falta de contrapartida elimina qualquer tipo de análise quanto ao uso responsável da máquina judiciária.

Ninguém precisa avaliar os riscos da demanda, as chances de sucesso, ninguém precisa sequer construir uma causa bem fundamentada. Se nunca há custo, nem risco, também não se pode esperar qualidade ou responsabilidade.

Essa já é uma preocupação da Justiça Federal, que elaborou estudo sobre a gratuidade judiciária, através da nota técnica 22/2019 do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal⁴. Esse estudo reforça que a assistência judiciária gratuita é um instrumento importante na garantia do acesso à justiça, mas reconhece que a sua concessão indiscriminada pelo Judiciário tem relação direta com a propositura de ações “aventureiras”:

A não atenção a essas questões favorece o ajuizamento de demandas aventureiras e lotéricas. Não há sequer análise de custo-benefício no ingresso com uma demanda judicial. Mesmo nos casos em que a parte tem pouca expectativa de ver reconhecido o direito ao que postula, é estimulada a postular, pois nada tem a perder com a movimentação da máquina judiciária para avaliação de sua pretensão. Não paga custas (que já são mínimas), não pagará perícias nem honorários de advogados, acaso resulte vencida no processo.

⁴ CENTRO NACIONAL DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. *Gratuidade Judiciária: Critérios e Impactos na Concessão*. Nota técnica 22/2019. p. 26.

Talvez não se deva esperar dos jurisdicionados e respectivos advogados uma mudança de atitude no ajuizamento de demandas com baixo potencial de procedência. Afinal, é o próprio Poder Judiciário Federal que, ao deixar de realizar um maior controle das condições para concessão da gratuidade, ampliando-a, criou o contexto favorável para que todos pudessem tentar a sorte através dos processos.

Há um reconhecimento de que a própria atuação da Justiça ajudou a criar esse monstro. É muito importante que o Judiciário esteja despertando para isso e veja que o amplo acesso não pode ser celebrado apenas por números. Na prática, o JEF se afoga em processos, mas a maioria é manifestamente improcedente e já acaba com a conclusão pericial contrária, pois sequer há incapacidade.

Tamanho volume de ações gerou a recente crise dos honorários periciais no JEF. Quando se concede a assistência gratuita, a Justiça antecipa o pagamento dos honorários do perito, de forma que a prova possa ser realizada sem nenhum custo para o autor. Posteriormente, se vencedor na causa, o réu (INSS) restitui a Justiça do pagamento; caso vencido, o ônus permanece com a Justiça.

Recentemente, as alterações legislativas trazidas pela MP nº 739/16, posteriormente convertida na Lei 13.457/17, levaram à realização do BILD (Programa de Revisão dos Benefícios por Incapacidade) pelo INSS. Isso implicou na revisão em massa dos benefícios por incapacidade concedidos judicialmente, que até então não tinham obrigação de fixar uma data estimada para a cessação. Essa regra é válida para os benefícios administrativos desde 2010, quando se inverteu ao segurado o ônus de comprovar a persistência da incapacidade através do pedido de prorrogação, sem o qual o benefício é cessado na data limite. Então, com o BILD, o INSS passou o popularmente conhecido como “pente fino” nos benefícios por incapacidade e cessou vários benefícios de longa data após perícia administrativa.

Esse movimento de revisão dos benefícios, naturalmente, elevou o número de processos no JEF. De acordo com números estatísticos do CJF⁵, os anos de 2016, 2017 e 2018 registraram mais de 1,5 milhão de ações distribuídas no JEF e 2018 contou com o recorde de mais de 2 milhões de processos julgados. Também de acordo com estudo realizado pelo CNIJF, através da Nota Técnica n. 24/2019⁶, “as despesas com perícias

5 Disponível em: <<https://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/JuizadosTABELA.htm>>.

6 CENTRO NACIONAL DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Custo das Perícias Judiciais a Cargo do Orçamento da Justiça Federal. Nota técnica 24/2019. p. 10.

na Justiça Federal cresceram 4.995% entre 2001 e 2018, elevando-se de 4.7 milhões para 240 milhões”. É um número impressionante e que desestrutura qualquer orçamento. A falta de dinheiro para pagar as perícias é considerado hoje o problema mais grave enfrentado pela Justiça Federal e ainda não há solução definitiva à vista.

No final de 2018, foi editada a MP n. 854, 2018, prevendo a transferência, para o Poder Executivo, do ônus orçamentário relativo ao pagamento de perícias médicas nos processos contra o INSS no JEF. Porém, em 13 de março de 2019, a MP perdeu efeito e não foi convertida em Lei. Então, essa medida teve pouca utilidade prática, pois não houve tempo hábil para repasse das verbas e o caos se instalou.

Foram meses sem dinheiro para o pagamento de perícias, já que essa despesa não foi prevista para o orçamento da Justiça Federal de 2019. O problema é nacional e afeta todos os JEFs. Houve evasão dos peritos, que se recusaram a trabalhar sem receber, e as ações ficaram parcialmente paralisadas, prosseguindo apenas as que não dependiam de exame pericial, que é a minoria.

Depois da MP n. 854, foi encaminhado o PL 2.999/2019, que foi transformado na Lei ordinária n. 13.876 de 20 de setembro de 2019. Nessa Lei, o Executivo assume o pagamento dos honorários periciais, inclusive das perícias já realizadas, mas com vigência de apenas 2 anos. Outro ponto importante é que a Lei limitou uma perícia por processo, permitindo outro exame apenas em casos excepcionais por determinação de instâncias superiores.

O problema está temporariamente resolvido, mas é um paliativo. Transferir o ônus ao Executivo não é uma medida que ataca o problema pela raiz. O problema é o grande volume de processos; é a concessão de assistência judiciária gratuita em todos; são os autores que entram com várias ações em curto período; é a realização de mais de uma perícia por processo. Tudo isso precisa ser pensado e combatido.

O volume de ações continua aumentando e a obrigatoriedade de fixação de DCB nas concessões judiciais tende a manter fluxo contínuo de ações no JEF. Tão logo o benefício é cessado pelo INSS, o segurado corre para rediscutir no JEF, sem nenhuma autocritica e sem custo algum. Assim, o JEF se tornou praticamente uma instância recursal do INSS. Isso quando os segurados não recorrem diretamente à Justiça, sem nem ao menos pleitear seus direitos perante a autarquia primeiro. Por isso, foi necessário o STF se pronunciar em 2014, no RE 631240, sobre a necessidade do prévio requerimento para que restasse caracterizado o interesse de agir como condição da ação.

Parece um tanto óbvio que uma regra processual válida de forma geral por estar prevista no CPC também fosse aplicada às ações previdenciárias

no JEF. Afinal, o interesse de agir é uma das condições da ação e é a própria razão de ser da Justiça, pois se não existe pretensão resistida, não há que se falar em processo. Sem requerimento e sem o indeferimento do INSS, não se pode ajuizar uma ação previdenciária.

No entanto, em certo momento, o JEF passou a flexibilizar de tal maneira as regras que passou a funcionar como agência do INSS, analisando questões jamais discutidas administrativamente. Daí o apelido de “balcão do INSS”.

Então, por maioria de votos, o plenário do STF acompanhou o relator e decidiu que a exigência do prévio requerimento não fere a garantia do amplo acesso à Justiça, pois sem isso não fica caracterizada lesão a direito.

Porém, a ideia de flexibilização de regras e direitos é uma prática comum que vem sendo aperfeiçoada no JEF ao longo do tempo. Historicamente, a jurisprudência tem sido alterada para admitir exceções que não eram aplicadas nos primeiros anos de JEF. Em benefícios por incapacidade especificamente, podem ser observadas as seguintes mudanças:

- a) Conversão de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez meramente com base em análise de condições sociais do segurado (idade, escolaridade, experiência laboral, mercado de trabalho etc.). Com isso, admite-se uma exceção à exigência de que a incapacidade seja total e permanente (súmula 47 da TNU);
- b) Prorrogação do período de graça em 24 meses para todo e qualquer caso em que o segurado afirme que ficou desempregado. A súmula 27 da TNU afasta a necessidade do recebimento de seguro desemprego e admite a prova do desemprego “por outros meios admitidos em Direito”. Na prática, o segurado precisa apenas apresentar declarações de terceiros reduzidas a termo. Ou seja, não precisa nem ser depoimento de testemunha;
- c) Ampliação do termo “acidente de qualquer natureza”. Passaram a ser admitidas doenças repentinas de grande repercussão, como infarto, AVC e gravidez de risco, dispensando essas causas da carência (Tema 220 da TNU);
- d) Na concessão de auxílio-acidente, foi afastada a exigência de enquadramento da lesão nos anexos do Decreto 3.048. Por consequência, o benefício passou a ser concedido mesmo em caso de lesão mínima.

Todas essas flexibilizações de exceções e regras restritivas ao longo dos anos também contribuí como um atrativo para a judicialização dos pedidos de concessão de benefícios por incapacidade.

Recentemente, tem ocorrido muitos pedidos de auxílio-acidente, referentes a eventos antigos. As pessoas se recuperaram dos acidentes, ficaram com lesões mínimas, praticamente insignificantes, e tocaram as suas vidas muitas vezes até no mesmo emprego e função. Então, agora, com a flexibilização das regras de concessão de auxílio-acidente, elas se dão conta de que tem direito a uma compensação. A questão nunca foi discutida ou judicializada, porque nunca foi verdadeiramente um obstáculo na vida da pessoa. O grande lapso entre o acidente e o ajuizamento das ações foi o que motivou a recente afetação do tema 862 pelo STJ para se definir qual a data de início do auxílio-acidente: se na data em que cessou o auxílio-doença ou quando o segurado requereu posteriormente o benefício.

Nesse contexto, a ideia do amplo acesso foi consolidada no JEF, mas agora passa por um momento em que é posta à prova. Depois de quase 20 anos de JEF, a realidade é que os instrumentos oferecidos para viabilizar o amplo acesso, como a gratuidade, acabam favorecendo ações irresponsáveis e desnecessárias. O momento é oportuno para se pensar em uma reforma que possa forçar uma judicialização mais criteriosa e consciente.

3 TODO ABUSO DEVE SER COIBIDO: POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A REGULAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

O amplo e irrestrito acesso ao JEF criou um monstro, mas existe solução. A própria Justiça Federal já vem criando consciência disso ao elaborar estudos recentes através do seu Centro de Inteligência, o CNIJF, em que se discute especificamente a concessão da gratuidade judiciária e sua repercussão⁷, bem como o custo das perícias no orçamento da Justiça Federal⁸. Os assuntos estão interligados e em ambos há o reconhecimento de um problema sério a ser enfrentado.

O caminho para se pensar em um ajuizamento de demandas consciente passa pela inevitável reavaliação da assistência judiciária gratuita. O modo como esse benefício vem sendo tratado, com base na mera presunção da hipossuficiência, acaba por permitir que ele seja concedido a todos que o requerem, inclusive aos que teriam condições de pagar pelo processo⁹.

7 CNIJF. Nota técnica 22/2019.

8 CNIJF. Nota técnica 24/2019.

9 Embora a jurisprudência dos tribunais afirme que a presunção gerada pela declaração é apenas relativa, devendo ser complementada com outras provas caso existam elementos que indiquem o contrário, na prática,

O fato de uma ação ser ajuizada no JEF, por ser de pequeno valor ou por ser de natureza previdenciária, não pressupõe a falta de recursos por quem ajuíza. Boa parte dos benefícios por incapacidade tem renda mínima, provando a necessidade da assistência, mas muitos segurados têm salários próximos ao teto e os contribuintes individuais possuem renda difícil de precisar apenas a partir do extrato de contribuições. Ou seja, existe um campo a ser explorado, pois criou-se a cultura de que se a ação é do JEF, então é gratuita.

A jurisprudência do STJ não é favorável à ideia de se estabelecer critérios objetivos para a aferição da hipossuficiência¹⁰, determinando que se faça uma análise caso a caso. Porém, é possível encontrar vários julgados de instâncias inferiores aplicando critérios objetivos, como: o teto do INSS; limite de isenção do imposto de renda; renda média do trabalhador brasileiro etc.

Nesse ponto a Justiça do Trabalho deu um passo a frente com a reforma trabalhista de 2017, o que deve servir de inspiração ao JEF. De uma vez só, foi fixado um critério objetivo para a concessão da justiça gratuita, para renda inferior a 40% do teto do INSS (art. 790, § 3º); e foi prevista condenação em honorários de sucumbência mesmo se o vencido foi beneficiário de justiça gratuita (art. 791-A).

Em relação aos honorários de sucumbência, é interessante destacar o julgamento da 3ª Turma do TRT¹¹ sobre a constitucionalidade da reforma. O relator destacou que se trata de uma “alteração de paradigma” e assim fundamenta:

No âmbito do processo do trabalho, a imposição pelo legislador de honorários sucumbenciais ao reclamante reflete a intenção de desestimular lides temerárias. É uma opção política.

Outra alteração significativa da reforma trabalhista foi quanto ao custeio das perícias. O art. 790-B da CLT foi alterado e passou a ter a seguinte redação:

essa não é uma preocupação existente no JEF.

10 STJ, AgRg no AREsp 257.029/RS, Rel. Min. Herman Benjamin; AgRg no AgRg no REsp 1402867/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma.

11 TRT. Processo: 2054-06.2017.5.11.0003. 3ª Turma. Relator: Ministro Alberto Bresciani

A responsabilidade pelo pagamento de honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão do objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

Então, o reclamante passa a arcar com valor dos honorários periciais caso conclusão pericial lhe seja contrária. Esse custo ficaria a cargo da União apenas se o reclamante não tiver obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa, ainda que em outro processo¹².

Após um ano da reforma trabalhista, o TST divulgou notícia com os reflexos das mudanças¹³. Entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações trabalhistas. No mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208. Isso corresponde a uma queda de 36% das ações, o que é muito significativo, porque comprova o efeito imediato da reforma.

Em relação às perícias, o número deve ter diminuído ainda mais proporcionalmente, já que nem todos os processos demandam esse tipo de prova. A sensação esboçada pelos peritos¹⁴ é de que o número de perícias favoráveis aos reclamantes tem aumentado de forma expressiva, o que só reforça a tese de que a exigência do pagamento dos honorários funciona como um bloqueio a pedidos imprudentes.

A Justiça Trabalhista e os JEFs previdenciários sempre compartilharam das mesmas críticas por possuírem um grande volume de ações e pelo caráter assistencialista/paternalista. Ou seja, ambas sofriam dos mesmos males e a concessão ampla da assistência gratuita gerava os mesmos efeitos: muitos processos temerários.

Agora, com a reforma trabalhista, operou-se uma verdadeira mudança de paradigma, pois é necessário desvincular a ideia do amplo acesso à inexistência de limites. O acesso deve ser amplo, mas não irrestrito. Todos podem ingressar, mas de forma responsável, e somente o risco financeiro é capaz de fazer alguém refletir sobre a razoabilidade de um processo.

Enquanto o JEF continuar adotando um conceito aberto e discricionário para a concessão da justiça gratuita, o benefício continuará sendo concedido indiscriminadamente. É imperativo que a Justiça Federal

12 Esse e outras alterações trazidas pela reforma trabalhista foram objeto de questionamento perante o STF na ADI 5766, ainda pendente de julgamento.

13 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos.

14 VENDRAME, Antonio Carlos. *A Perícia Judicial Após Seis Meses Da Reforma Trabalhista*

se espelhe na reforma trabalhista para moralizar as ações de incapacidade no JEF e restringir as causas manifestamente improcedentes que só oneram o erário.

4 CONCLUSÃO

A realidade de hoje quanto ao acesso à justiça é muito diferente de quando os Juizados Especiais Federais foram criados quase 20 anos atrás. Era necessário criar uma forma de julgar processos simples de maneira rápida e barata. A população abraçou a ideia e o que se vê hoje são milhões de processos e uma atuação cada vez mais ativa da Justiça em matéria previdenciária.

Esse amplo acesso, necessário em primeiro momento, hoje promove muitos casos de abuso a esse direito. Como não se paga pelo processo e nem pelo recurso, os autores enchem o JEF de causas sem sentido e de recursos sem qualquer cabimento. Se não custa nada ajuizar uma ação ou recorrer no JEF, tudo é judicializado e recorre-se de qualquer coisa. É um verdadeiro abuso ao direito de amplo acesso à justiça.

Nesse ponto, é inevitável que se questione como o acesso ao JEF se tornou tão amplo a permitir que os seus usuários disponham dele de forma abusiva. O JEF cuidou de eliminar todos os obstáculos que inibiam as pessoas de litigarem: a concessão ampla de assistência gratuita livra os autores de pagarem custas, perícia, cálculos de liquidação e honorários sucumbenciais. Tudo isso funcionou como um atrativo e o JEF viu seus números aumentarem 5 vezes em apenas 4 anos de existência. O grande volume de ações e os altos índices de improcedência levam à necessidade de se repensar o papel do JEF, para que o processo seja aprimorado depois de quase 20 anos de funcionamento.

A assistência judiciária gratuita é um instrumento importante na garantia do acesso à justiça, mas a sua concessão indiscriminada pelo Judiciário tem relação direta com a propositura de ações temerárias.

A grande insistência com que as ações são ajuizadas também acabam influenciando os juízes a adotarem entendimentos mais flexíveis, admitindo exceções a regras restritivas na concessão de benefícios por incapacidade que também contribuem para a judicialização de pedidos.

A atual crise dos honorários, que compromete o próprio funcionamento do JEF, exige mudanças de paradigmas. É preciso que se proceda a uma verdadeira reforma, a exemplo da recente reforma trabalhista, que mudou o jeito de litigar na Justiça do Trabalho. Isso pode ser feito com a definição de um critério objetivo para concessão da gratuidade judiciária ou invertendo o ônus da prova para o autor; com o pagamento das perícias e definição de

sucumbência no próprio objeto da prova; com pagamento de honorários de sucumbência e; com a possibilidade de se compensar esses custos com os créditos recebidos no processo.

Em conclusão, passados quase 20 anos de JEF, seria hora de restringir o acesso para que as pessoas litiguem com mais responsabilidade.

REFERÊNCIAS

CENTRO NACIONAL DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Gratuidade Judiciária: Critérios e Impactos na Concessão. *Nota técnica 22/2019*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

_____. Custo das Perícias Judiciais a Cargo do Orçamento da Justiça Federal. *Nota técnica 24/2019*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas>>. Acesso em: 10 set. 2019

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Acesso À Justiça Federal: Dez Anos De Juizados Especiais*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012.

MINISTÉRIO DA FAZENDA, DATAPREV, INSS. *Anuário Estatístico da Previdência Social*. v. 24. Brasília, 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Primeiro Ano Da Reforma Trabalhista: Efeitos*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24724445>. Acesso em: 8 out. 2019.

VENDRAME, Antonio Carlos. *A Perícia Judicial Após Seis Meses Da Reforma Trabalhista*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI282895,81042A+pericia+judicial+apos+seis+meses+da+reforma+trabalhista>>. Acesso em: 8 out. 2019.

A FRAUDE LEGAL DE CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS E FACULTATIVOS EM BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

*LEGAL FRAUD OF INDIVIDUAL AND OPTIONAL
CONTRIBUTORS IN INCAPABILITY BENEFITS*

Elias Augusto Reinaldin

*Procurador Federal integrante da Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios por
Incapacidade do Paraná (ETR-BI/PR)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Qualidade de Segurado e Carência; 2 Carência, contribuinte individual e benefícios por incapacidade; 3 LC 142/2013, art. 9º Lei 8213/91; 4 Reabilitação; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente estudo é uma análise das possibilidades do segurado receber benefícios por incapacidade do INSS, por meios legais, chancelados pelos órgãos de controle, imunes a críticas formais, todavia não imunes a críticas materiais, de ordem axiológica, numa análise do que se está pedindo e o que se está oferecendo. Na medida do possível sugerimos alterações legais, para aperfeiçoamento da lei. Por outro lado, é nesse ponto que se dá a vazão às demandas judicial, em especial o combinado, entre o contribuinte individual (código 1007 de recolhimento) e o B31 (código do auxílio-doença).

PALAVRAS-CHAVE: Contribuintes Individual e Facultativo. Benefícios por Incapacidade. Fraude Legal.

ABSTRACT: The objective of the present study is an analysis of the possibilities of the insured to receive disability benefits from the INSS, by legal means, confirmed by the control bodies, immune to formal criticisms, yet not immune to critical matters, of axiological order, in a deep analysis of what is being asked and what is being offered. As far as possible we suggest legal changes to improve the law. On the other hand, it is at this point that the judicial claims take place, especially the combination between the individual taxpayer (1007 collection code) and B31 (sickness aid code) flow.

KEYWORDS: Self Employed and Facultative Taxpayer. Disability Benefits. Legal Fraud.

INTRODUÇÃO

Inúmeros trabalhadores pagam à Previdência Social ao longo da vida e tem a legítima expectativa de receber o benefício previdenciário, em razão da velhice, da doença, do infortúnio ou mesmo porque cumpriram os requisitos legais. Nessa categoria vê-se que a imensa maioria paga porque é um tributo, é uma obrigação legal. Para ser preciso, a contribuição previdenciária é uma das cinco espécies tributárias, e como tal, ninguém escapa, como diz o brocardo popular: ninguém escapa da morte e dos impostos. No entanto, pagam por obrigação legal, o brasileiro não é previdente, e tem na ponta da língua milhares de motivos para deixar de pagar, e o mais relevante é o gasto com as despesas correntes, que consomem o orçamento.

Existem, entretanto, segurados obrigatórios da previdência social que não pagam a contribuição previdenciária e igualmente mantêm a expectativa de receber os benefícios. Nessa categoria estão os contribuintes individuais e os segurados especiais, art. 11, V, VII da Lei 8213/91.

Evitando delongas, o contribuinte individual é o autônomo, aquele que trabalha por conta própria, sem vínculo de emprego, normalmente seriam os advogados, os jardineiros, as manicures, jornalistas, youtubers, caminhoneiros. Já os segurados especiais, são os trabalhadores rurais, que tem ou não propriedade rural própria, em regime de economia familiar.

Já o segurado que explore área rural superior a 4 módulos fiscais é um contribuinte individual, está no inciso V, alínea a, do art. 11 Lei 8213/91, vejamos:

- a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais; ou, quando em área igual ou inferior a 4 (quatro) módulos fiscais ou atividade pesqueira, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda nas hipóteses dos §§ 9º e 10 deste artigo;

Veja que o segurado especial pode ter auxílio eventual e a área de exploração é menor que 4 módulos fiscais, se for agropecuária, vejamos:

- VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade.

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;

[...]

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

§ 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

Ainda temos os segurados facultativos, que “o maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, desde que não incluído nas disposições do art. 11.” (art. 13 da Lei 8.213/91).

A questão é que os contribuintes individuais recolhem sponte própria, ou seja, na maioria das vezes por sua mão, quero dizer, não há uma retenção em folha de pagamento como há no segurado empregado. Quando prestam serviços para as empresas, devido ao art. 22, III, c/c 30, I, a, ambos da Lei 8.212/91 essas fazem a retenção que diz:

b) recolher os valores arrecadados na forma da alínea a deste inciso, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22 desta Lei, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais [...].”

O contribuinte individual é regido pelo seguinte, art. 30, II, da Lei 8212/91:

II - os segurados contribuinte individual e facultativo estão obrigados a recolher sua contribuição por iniciativa própria, até o dia quinze do mês seguinte ao da competência;

Os segurados estão sujeitos à contribuição previdenciária, no entanto, algumas categorias podem não pagar, e são os contribuintes individuais e segurados rurais que não estão em regime de economia familiar que acabam ficando em débito com a previdência e devem sofrer as consequências, no caso, a perda da qualidade de segurado.

Nessa altura já podemos ver que a Previdência Social não é igual sistema de saúde, reclama a contrapartida direta do segurado. No SUS (sistema único de saúde), a contrapartida é indireta, os impostos pagos de forma difusa na sociedade custeiam o sistema. Para o cidadão fica muitas vezes confuso, pois como quase a totalidade paga a contribuição de forma automática, com a retenção na fonte, passa-se a ideia de que os regimes jurídicos são iguais, mas na verdade, apenas se assemelham, embora ambos no fundo sejam financiados pela sociedade.

Queremos dizer que não há gratuidade em nenhum caso, nem no SUS nem no RGPS (regime Geral de Previdência Social), o que o Estado arrecada é o dinheiro do contribuinte que será usado para pagar os benefícios sociais e os exames, cirurgias e demais procedimentos do SUS, de forma que, é preciso ter em mente que nada é de graça, tudo é pago pelos tributos.

No entanto, o SUS não tem um tributo especialmente vinculado ao pagamento de seus procedimentos, é gratuito no sentido de não se obstar os seus procedimentos ao cidadão. Já o RGPS exige a contrapartida do segurado, que deve ser inscrito na Previdência Social para ter acesso aos benefícios, estendendo-os aos seus dependentes, especial o art. 195 da CF, diz que:

A seguridade social será financiada por toda a sociedade, *de forma direta* e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.

Então, é possível negar benefícios ao cidadão que não tem qualidade de segurado, por falta, por exemplo, de pagamentos ou desvinculação do RGPS, por desemprego acima do período de carência, no caso, além 36 meses, quando já foi contribuinte ininterrupto por mais de 120 meses.

Dessa forma, iremos analisar casos em que o segurado deixou o RGPS ou não está regularmente inscrito e pode ter negado o benefício de forma legal, por outro lado, haverá casos em que foi deferido o benefício, todavia, acreditamos estar no que chamados de fraude legal, pois o segurado não contribuiu efetivamente para a Previdência Social e arvora-se no direito de exigir de seus concidadãos a contrapartida que ele nunca esteve disposto a pagar, ou seja, para ele, só a morte é certa, os tributos não, nesse particular.

2 QUALIDADE DE SEGURADO E CARÊNCIA

Dissemos acima que o inscrito na previdência social tem acesso aos benefícios previdenciários. A inscrição é um ato formal, um cadastro no INSS, que é a autarquia federal responsável pelos pedidos de benefícios, competindo-lhe os pagamentos.

Quem tem PIS, PASEP ou NIS, já tem o NIT (número de integração social), que é o caso dos segurados empregados. Os demais devem fazer o cadastro no INSS, inclusive dos seus dependentes, como por exemplo, o segurado especial.

Uma vez inscrito, o segurado adquire a qualidade de segurado, a partir do efetivo vínculo formal de emprego, no caso do segurado empregado. No caso dos contribuintes individuais a partir do efetivo pagamento das contribuições mensais ao INSS. A manutenção da qualidade de segurado depende do pagamento das contribuições mensais, podendo ser trimestrais, ou efetivo trabalho na lavoura, no caso do segurado especial.

A Lei 8.213/91, no art. 15, institui o período de graça, um lapso temporal sem pagamentos, no qual se mantém a qualidade de segurado, podendo chegar a 36 meses, após o último pagamento, quando em desemprego. Durante o período de gozo de um benefício, também se mantém a qualidade de segurado. No caso do segurado facultativo, estudantes e donas de casa, mantém a qualidade de segurado por 6 meses após as cessações das contribuições.

Há dois pontos críticos nesse sistema: a) o caso do segurado em gozo do auxílio-acidente, que manteria a qualidade de segurado enquanto recebe esse benefício, que tem natureza da indenização. A crítica vai porque a interpretação do texto legal, foi de forma literal, sem análise da natureza do benefício, que é uma indenização pela perda de parte da capacidade laboral, de forma que não é um benefício que substitui a renda do segurado. Assim, esse segurado quando não estiver trabalhando e não recolher para a previdência deve perder a qualidade de segurado, pois o sistema é contributivo, e a falta da sua contribuição gera perda de caixa para o pagamento dos benefícios. Assim, imagine a situação em que o segurado mantém a qualidade de segurado por 20 anos devido ao pagamento do auxílio-acidente e ao agravar a sua situação pleiteia a aposentadoria por invalidez. Ela será devida, pois manteve a qualidade de segurado, na forma literal do art.15, I, Da Lei 8213/91.

O problema é muito mais grave do que se possa imaginar, porque o INSS aceita essa interpretação literal, quando da IN INSS¹ que diz:

1 Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015

Art. 137. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuição: I – sem limite de prazo, para aquele em gozo de benefício, inclusive durante o período de recebimento de auxílio-acidente ou de auxílio suplementar”.

A norma infra legal faz a interpretação da lei para a sua aplicação no âmbito administrativo. No entanto, não é de se esperar uma análise teleológica e sistemática da instrução normatiza. Essa passagem ignora que manter a qualidade de segurado nesse caso é uma oportunidade de fraude, pois o segurado paga a previdência para ter acesso a benefícios melhores. No caso do acidentado, que já tem uma redução da capacidade laboral, há uma tendência de que vá buscar a aposentadoria por invalidez, no caso de agravamento, o que não é ilegal. Todavia, quem irá pagar por essa aposentadoria? Nossa sociedade gosta da ideia de que a conta deve ser paga por nossos semelhantes, não por nós mesmos.

O fato de a Previdência ter um fundo soberano, pelo sistema solidário, implica que todos nós somos responsáveis pela saúde desse fundo e não somente os outros. Assim, falamos do sistema solidário, pois a interpretação sistemática implica em analisarmos o que diz a Constituição Federal, que diz:

Art.201, § 2º. Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

O auxílio-acidente não substitui o salário de contribuição, pode ser menor que o salário mínimo porque é uma indenização. Vejamos o art. 28, §9º. Da Lei 8212/91 diz:

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade;

O auxílio-acidente integra, portanto, o salário de contribuição, mas não o substitui. Na prática, o auxílio-acidente é um aumento na renda do segurado, que o mantém indefinidamente com a manutenção da qualidade de segurado, sem contribuir. Há aí uma negativa ao sistema contributivo, pois o segurado estará sempre elegível a receber uma aposentadoria por invalidez, sem contribuir necessariamente. Dessa forma, entendemos que o art. 15, I, LB, deveria excluir explicitamente o segurado em auxílio-acidente, pois não mantém o sistema atuarial. Isso é sintomático porque o auxílio-

acidente é em benefício de incapacidade que permite ao segurado continuar a trabalhar, o que resolveria o problema. No entanto, a porta está aberta para fraude porque os autônomos não precisam contribuir para manter a qualidade de segurado e como em regra fazem por vontade própria, sem retenção, o único motivo que os levaria a contribuir é eliminado por essa interpretação que inclui o auxílio-acidente no artigo em questão.

Com efeito, o inciso I do artigo 15 foi concebido para os casos em que o segurado não pode retornar ao RGPS em razão de situações que lhe impedem de exercer atividade laboral como os eventos que lhe causam incapacidade, reclusão, etc., o que não ocorre no caso de auxílio-acidente.

A nova lei de combate a fraudes, retirou o auxílio-acidente, da manutenção da qualidade de segurado de forma automática, certamente pelas razões acima ditas. Lei 13.846/2019 mudou a redação, e excluiu o auxílio-acidente, não fazendo mais jus a manutenção da qualidade de segurado por esse benefício.

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício, exceto do auxílio-acidente;

3 CARÊNCIA, CONTRIBUINTE INDIVIDUAL E BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE

A carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências. (art. 24, Lei 8.213/91).

Ao longo dos anos, a Previdência teve a sua lei de regência alterada diversas vezes e toda a alteração provoca uma consequência. Observamos que o segurado contribuinte individual ou facultativo, normalmente começa a se preocupar com a sua aposentadoria ao redor dos 50 anos de idade.

Inicialmente a Lei 8.213/91, art. 14², previa a carência de 60 meses (5 anos) de recolhimento para se aposentar por idade em 1991. Atualmente, desde 2012, é preciso completar 180 meses de contribuição para essa mesma aposentadoria. A nova Previdência, PEC 06/2019, aumentou a carência para 240 meses (20 anos), e em compensação, não há necessidade de mais 12 meses de carência para a aposentadoria por invalidez. Houve, portanto, uma migração do segurado que antes se esforçava a contribuir no mínimo com 5 anos, a fim de se aposentar por idade, para quem agora só espera

o momento de pedir auxílio-doença e posteriormente a conversão em aposentadoria por invalidez.

Naturalmente o legislador não pode prever tudo, mas no caso do segurado contribuinte individual e facultativo seria de se esperar um aumento da carência para o pedido de benefícios de incapacidade, de no mínimo 60 meses. Isso é necessário, pois assistimos a um aumento desproporcional de demandas onde o segurado após 12 meses de contribuição, com a recuperação da qualidade de segurado, com dores nos ombros ou indisposição devido a idade, solicita a aposentadoria por invalidez.

Ainda, sobre a qualidade de segurado, este pode recuperar as contribuições anteriores, quando após o período de graça, perde a qualidade de segurado. Deverá contribuir com a metade da carência necessária, para a aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e para o salário-maternidade, atualmente a MP 871/2019, voltou a exigir 12 meses. Após intenso debate no congresso nacional, a normal restou consolidada com a exigência da metade da carência, ou seja, 6 meses, vide:

Art. 27-A Na hipótese de perda da qualidade de segurado, para fins da concessão dos benefícios de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez, de salário-maternidade e de auxílio-reclusão, o segurado deverá contar, a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com metade dos períodos previstos nos incisos I, III e IV do caput do art. 25 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

O fato é que com apenas 4, 6 ou 12 contribuições (depende da data de início da incapacidade) o segurado volta a ter a qualidade de segurado e recupera a carência anterior, ou seja, soma as novas contribuições às antigas. O problema disso desagua em especial, no segurado contribuinte individual, o autônomo.

Antes da Lei 13.457/2017, era preciso apenas quatro contribuições. A MP 739/2016, que exigia 12 contribuições não foi votada e perdeu a vigência.

Então, aqui é outro ponto para fraudar a Previdência de forma legal, ou seja, o segurado deve ficar incapaz após o pagamento das seis contribuições, pois nesse caso terá a carência necessária. Se nunca contribuiu deverá fazer 12 recolhimentos. Imagine a situação de uma pessoa que já tem 59 anos de idade e quer se aposentar. Nesse caso, ela irá contribuir por 12 meses e após as contribuições ela inicia exames médicos e raio-x para procurar algo que o perito lhe diga que está incapaz. Nessa linha, a pessoa normalmente informa que trabalha em uma área penosa, como servente de pedreiro, vendedor ambulante, cabeleireiro, empregada doméstica. Dona de casa não é usual, pois tem horário flexível e pode atuar na medida da sua capacidade.

Normalmente ocorre o seguinte:

- 1) (re) ingresso tardio, com idade acima de 50 anos.
- 2) O ingresso no RGPS não exige exame admissional, basta fazer a inscrição e recolhimentos, como autônomo.
- 3) Incapacidade e doença na mesma data, com precisão cirúrgica após adquirir qualidade de segurado. O laudo do perito acaba ignorando aspectos inerentes a evolução da doença, pois o pedido não vem acompanhado de ampla documentação médica, somente os exames e consultas recentes, dando um ar de que é uma mazela recente. É muito comum o segurado com dores lombares, já com a coluna comprometida de muitos anos, fazer um raio-x atual, e o perito informar a data de início da incapacidade na data do raio-x.
- 4) Desidratação e controle da prova médica juntada aos autos, sem prontuário;
- 5) Ausência de investigação ou nenhuma consideração pelo perito da plena capacidade do segurado antes da data do requerimento. Exemplo disso são as pessoas com deficiência mental leve que sem agravamento, passam em determinado momento a requerer o benefício. Em muitos casos, não é analisado que sempre teve comprometimento da capacidade, nunca passou em exame admissional, mas era apto para algumas atividades. O perito informa então no laudo ser incapaz, a partir do exame juntado na inicial, situação em que se deve impugnar a data de início da doença e incapacidade.
- 6) Finalmente, evidente ofensa paralela ao art. 59, parágrafo único da Lei 8.213, ao ingressar com importante mazela no RGPS.

A fraude legal ocorre no seguinte sentido: o segurado autônomo foi empregado no passado longínquo, e depois passou a viver de “bicos” como pequenas vendas ou jardinagem, enfim, atividades que não exigem estudo formal. Então, fazem os seis recolhimentos e pedem o auxílio-doença. Após deferido, normalmente em juízo, pedem a prorrogação até se aposentar por invalidez. Não há nenhuma preocupação com a falta de recolhimentos consistentes com a Previdência, pois nesse agir sempre terá qualidade de segurado e incapacidade após o ingresso no RGPS.

Outro ponto que joga contra a Previdência é que o perito do INSS normalmente só dispõe dos exames que o segurado lhe traz. Assim, o perito concede o auxílio-doença por alguns meses, no máximo uns quatro meses

e depois cessa, pois não pode afirmar que a incapacidade era anterior ao ingresso no RGPS, mas sabe que está incapaz.

Então, concede por um período apenas para analisar a evolução clínica, mas com DCB (data de cessação do benefício) certa. O problema desse agir é que ao conceder o benefício, seu ato goza de presunção de legitimidade em relação à qualidade de segurado e fixa a data inicial da incapacidade (DII). Em juízo, na sentença vem sempre dito que não há discussão sobre a qualidade de segurado e seu início de incapacidade, pois não é ponto controvertido. Então, o segurado pode pedir indefinidamente prorrogação do benefício até pleitear a aposentadoria por invalidez.

O INSS só consegue se defender se provar que a incapacidade era anterior ao ingresso, porém para isso precisa do deferimento do juízo de expedição de ofícios aos órgãos de saúde, pois passa a ser possível a sua tese, mas precisa dos prontuários médicos para ter a prova. Por outro lado, pode ser que efetivamente o segurado tenha ficado incapaz após o ingresso.

Outra situação de atenção é o caso do segurado com deficiência leve ou moderada, de longa data, que não o impede de trabalhar, como por exemplo quem fez ponte de safena, ou amputou um braço ou até um dedo, ou mesmo o deficiente mental leve que trabalha em serviço simples. Em determinado momento, esse segurado cai e quebra a perna, pede o auxílio-doença e é deferido. Após um período de quatro ou cinco meses está consolidada a lesão e recebe alta, então ingressa em juízo, e usa não a quebra da perna para pedir o benefício, mas sim a deficiência antiga, de longa data. Em meio a inúmeros laudos judiciais, surge sempre um laudo que informa como novidade a mazela antiga e informa incapacidade. Essa é outra fraude comum, e usam a palavra “agravamento”, é praticamente impossível escapar desse esquema. Porque terá a qualidade de segurado, a carência, e uma incapacidade atual, devido ao agravamento em laudo judicial, o que torna a sentença uma homologação de fraude fundamentada: é praticamente um clássico da deslealdade processual.

Por fim, o facultativo, o estudante ou dona de casa, que tem algum problema e não pode mais trabalhar. É muito raro o juízo analisar que a sua atividade principal não é profissional, e de certa forma, o segurado facultativo só pode receber se estiver com incapacidade para os atos da vida cotidiana, na medida em que não pode ser avaliado como um profissional com horários e deslocamentos imperiosos.

Entendemos que é necessário uma nova legislação que aumente a carência para 60 meses para o segurado contribuinte individual e facultativo, exija exame de ingresso no sistema e, para o segurado com idade acima de 60/65 anos (mulher/homem), seja vedado pleitear benefício por incapacidade por doença, apenas acidente do trabalho, pois a lei já prevê a aposentadoria

por idade, ou seja, a lei já prevê a proteção adequada pela falta de vigor da idade avançada.

4 LC 142/2013, ART. 92 LEI 8213/91

Em 2013, entrou em vigência a LC 142/2013 que estabeleceu prazos reduzidos para os deficientes se aposentarem com menos tempo de contribuição. Basicamente o seguinte:

Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Interessante o inciso IV, que diminui em 5 (cinco) anos a aposentadoria por idade para o deficiente. Por outro lado, o art. 92 da Lei 8.213/91 informa o seguinte:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou **peças portadoras de deficiência**, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....2%;

II - de 201 a 500.....3%;

III - de 501 a 1.000.....4%;

IV - de 1.001 em diante.5%.

Além disso, o art. 92 garante o certificado individual depois de concluído o processo de reabilitação social e profissional.

Então, o ordenamento hoje prevê que o segurado que for considerado parcialmente incapaz, permanente, tem direito à reabilitação e vagas no mercado de trabalho especialmente protegidas. Ainda, poderá se aposentar com menos idade e tempo de contribuição.

Ocorre que o laudo judicial não informa o segurado como um deficiente, mas inválido parcial. Isso acontece porque o deficiente é um sujeito habilitado para certas áreas e desabilitados para outras. Não é elegível para reabilitação pelo simples motivo de ter uma limitação. Já o segurado com invalidez parcial, pode se recuperar através da reabilitação profissional ou não. É um momento médico de análise. Já há que se ponderar que a condição de deficiente para fins de análise de aposentadoria pela LC 142/2013 sempre passará por uma análise médica, ainda que anteriormente o segurado já tenha tido recebido o certificado de reabilitado.

Com razão, os médicos especificam claramente os deficientes como diverso dos incapazes parciais permanentes, porque o deficiente é considerado do inglês “disability”, que seria uma limitação em certa habilidade típica do ser humano, como falar, andar, ouvir. O ponto de encontro é que justamente isso é o que ocorre com alguém parcialmente incapaz, mas ele não o era antes, da doença ou acidente, e aí que entra a análise para reabilitação ou não.

O fato é que em português o deficiente é aquele que tem impedimentos de longo prazo, como diz a lei, ou seja, a limitação acima descrita. Mas usamos a palavra deficiente como sinônimo de desabilitado. Assim, se uma pessoa que nasceu sem uma perna é um deficiente e pode se beneficiar da LC 142/2013. Já quem perde a perna a princípio é um inválido parcial permanente, ou conforme a atividade que desenvolvia totalmente incapaz (depende da idade, condição social, adaptabilidade). Nesse sentido, entendemos que a despeito das considerações médicas das diferenças, onde não ter uma habilidade não é igual a ser incapaz, o fato é que na ausência de um membro do corpo humano inegável a nova condição de deficiente.

O ponto de interesse é que não é legítimo considerar uma pessoa que perdeu, digamos, parte dos movimentos dos braços, elegível para aposentadoria por invalidez. Isso porque existem inúmeros deficientes físicos, com ou sem partes dos braços, que levam uma vida normal, adaptada a sua realidade. Nesse sentido, é direito do amputado, daquele que sofreu uma lesão, ter uma aposentadoria com tempo de contribuição reduzido, conforme o art. 7º. Da Lei 142/2013, que traz aqueles que se tornam deficientes, perante a lei, ao invés de simplesmente considera-lo inválido, e ir para o lugar comum do benefício de incapacidade.

No entanto, há dois momentos de avaliação. Um é quando o segurado pede o benefício de incapacidade. Nesse momento, será avaliado o grau de capacidade ou incapacidade laboral, se total ou parcial, permanente ou temporário. Outro é o momento quando o segurado é avaliado como deficiente para fins de pedir a aposentadoria da LC 142/2013, quando haverá a avaliação da deficiência.

Portanto, preocupamo-nos com o parcialmente incapaz, de forma permanente. Quando é totalmente inválido, não há que se falar em deficiência, a menos que disséssemos ser total, o que iria ser um atentado médico.

Nesse ponto, o incapaz parcial se assemelha ao caso do deficiente, pois em alguma medida está desabilitado para alguma tarefa. Como dissemos, é uma forma de emparelhamento no ordenamento, pois ele também é parcialmente capaz.

Em suma, o deficiente físico via de regra não é elegível para reabilitação, pois já ingressa com essa limitação. Já o incapaz parcial e permanente, por um infortúnio ou doença, será encaminhado para nova avaliação médica elegível para a reabilitação ou não, depende do seu histórico profissional, idade, local onde mora e nível da lesão.

Outrossim, é necessário que o laudo informe se a redução da capacidade foi por doença ou acidente. Se por doença, e for o caso de reabilitação, encaminha-se para o auxílio-doença até reabilita-lo ou se for acidente, encaminha-se para auxílio-doença com reabilitação, após se consolidada as lesões com redução terá concedido o auxílio-acidente. Existe também a hipótese de a redução não gerar a necessidade de reabilitação, então o segurado na forma do art. 7º. Da LC 142/2013 poderá já estar contando com o tempo diminuto para se aposentar.

Art. 7º. Se o segurado, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau de deficiência alterado, os parâmetros mencionados no art. 3º serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que o segurado exerceu atividade laboral sem deficiência e com deficiência, observado o grau de deficiência correspondente, nos termos do regulamento a que se refere o parágrafo único do art. 3º desta Lei Complementar.

É o caso dos segurados que restam com o infortúnio da perda da visão binocular. Se trabalhavam em atividades simples que possibilite apenas a visão monocular, desde logo está com redução permanente e são considerados deficientes. Se houve acidente, e não estando incurso no art. 18. §1º, Lei 8213/91, recebem o auxílio-acidente. Se foi por doença,

não há previsão legal de pagar nenhum benefício, a não ser as garantias da LC 142/2013.

5 REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

A reabilitação visa fornecer meios para o segurado voltar a trabalhar no meio em que vivia, agora superando a limitação imposta pela doença ou acidente. A reabilitação profissional não é um meio de ascensão social, o INSS não é encorajado a encaminhar o segurado a fazer um curso de nível superior, se o mesmo era apenas alfabetizado. A linha geral é a de manter o segurado ativo com a sua nova situação, e isso envolve reabilitar o segurado até mesmo para atividades com ganhos menores ao que estava acostumado. Normalmente os segurados se lesionam em serviços pesados e passam ser elegíveis para atividades mais amenas, como trabalhar em portaria ou telemarketing, todavia, sempre será uma escolha conjunta, mas a decisão é do médico perito previdenciário e equipe multidisciplinar. Ou seja, não há espaço para atitudes desconectadas com a realidade, exigir que o INSS providencie uma reabilitação em algo que o segurado não tinha capacidade nem mesmo antes da lesão ou acidente.

Outro ponto a se abordar é que o INSS também fornece próteses aos segurados de acordo com a sua indicação médica. Não é cabível pelo princípio da razoabilidade fornecer uma prótese para prática de esportes a uma pessoa com mais de 60 anos de idade, essa terá uma prótese simples, através até mesmo do SUS. O fato é que os recursos são finitos e não basta a boa vontade e a virtude; é preciso racionalizar os gastos. A elegibilidade, a avaliação e a entrega do certificado de reabilitado são decisões médicas soberanas, não havendo espaço para exigências não cabíveis. Em caso de discordância o segurado pode sempre ingressar em juízo, pois é seu direito de petição, para ser efetivo, deve haver específica prova de ilegalidade ou não proporcional/razoável por parte dos peritos do INSS e não mera discordância com os métodos e exigências do programa de reabilitação.

Por isso, não é aceitável que a sentença determine a reabilitação profissional, mas sim deve prever que o segurado deve ser encaminhado para o setor para análise da sua elegibilidade². Por outro lado, é possível o perito do INSS aposentar por invalidez o segurado não elegível, caso não encontre outro potencial no mesmo.

O INSS conta com setor específico de reabilitação, com convênios em escolas e empresa, para aumentar o grau de instrução dos segurados e promover curso de qualificação.

2 Tema 177 da Turma Nacional de Uniformização

6 CONCLUSÃO

A Previdência Social possui nuances fáticas que exigem do operador buscar a *mens legis* e não somente atender à expectativa de concessão do benefício. Se acompanhado dos requisitos legais, como contribuição e preenchimento das hipóteses de concessão, é plenamente válido. No entanto, a legislação evoluiu para regras mais adequadas à modernidade, com a inclusão dos deficientes no mercado de trabalho protegido e não sempre levá-los à chancela de inválidos.

Outrossim, a necessária contribuição é um ato inerente a condição de trabalhador, para que não haja apenas o pagamento quando se avizinha uma hipótese de proteção social, quer dizer, há que se ponderar com os demais segurados, se é justo alguns pagarem a vida toda para a Previdência e outros controlarem o ingresso, para quando já estão em fase prévia à concessão, o que inviabiliza o sistema solidário.

Este estudo, portanto, visou trazer à discussão essas situações, que hoje muitas vezes são incorretamente enfrentadas. Vale ressaltar que a Lei 13.846/2019 foi muito bem elaborada e ajudou a diminuir alguns pontos de fraudes aqui tratados.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2006.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Método, 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambite. *Resumo de Direito Previdenciário*. 4. ed. Niterói/RJ: Ímpetus, 2005.

GOES, Hugo. *Manual de direito previdenciário: teoria e questões*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2014.

SOBRE AS HIPÓTESES LEGAIS DE ISENÇÃO DE CARÊNCIA PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE E AS CONTROVÉRSIAS JUDICIAIS EM TORNO DA MATÉRIA

LEGAL HYPOTHESES OF GRACE EXEMPTION TO OBTAIN SOCIAL SECURITY DISABILITY BENEFITS AND RELATED COURT DISCUSSIONS

Aline Machado Weber

*Especialista em Direito Público (UnB), Direito Ambiental (UFRGS) e Direito
Previdenciário (PUC-Minas). Procuradora Federal, atua na Equipe de Trabalho
Remoto em Benefícios por Incapacidade do Paraná (ETRBI/PR)*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Carência mínima para benefícios por incapacidade. 2. Hipóteses de isenção de carência; 2.1 Isenção de carência acidentária *lato sensu*; 2.2 Isenção de carência por doenças graves específicas; 3. Controvérsias judiciais em torno da matéria; 3.1 Divergências conceituais - o que se entende por acidente?; 3.2 Dissensos interpretativos - qual o alcance da isenção por doença grave?; 4. Breves conclusões; 5. Referências.

RESUMO: No Regime Geral de Previdência Social, a carência mínima de doze meses é um dos requisitos a serem preenchidos pelo segurado para obtenção dos benefícios de auxílio doença e aposentadoria por invalidez. Há, todavia, circunstâncias especiais para as quais a legislação de regência expressamente previu cobertura previdenciária com isenção ou dispensa de carência. Recentemente, tais situações, contempladas no art. 26, II, da Lei nº 8.213/91, têm tido seu conceito e seu alcance questionados em juízo. Discute-se, nesse sentido, se a regra mais benéfica de dispensa de carência pode se estender a situações outras, não contempladas pela lei. Este breve estudo versa sobre tais controvérsias.

ABSTRACT: In Brazilian Social Security Scheme, the minimum grace period of twelve months is one of the requests for obtaining sickness and disability benefits. There are, however, special circumstances for which the law particularly provided social security coverage with exemption of grace period. Recently, such situations, contemplated in art. 26, II, of Law 8.213/91, have had their concept and scope questioned in court. In this sense, it is argued whether the most beneficial rule of grace exemption can be extended to situations other than those contemplated by the law. This brief study focuses on such discussions.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social; benefício por incapacidade; carência; isenção; interpretação.

KEYWORDS: Social Security; disability benefit; grace period; exemption; interpretation.

INTRODUÇÃO

No Regime Geral da Previdência Social, a carência é um dos requisitos essenciais a serem preenchidos para obtenção de um benefício previdenciário. A Previdência Social brasileira segue o modelo de repartição simples no que se refere à arrecadação, tendo, portanto, a contribuição direta e obrigatória dos trabalhadores como principal fonte de custeio. Daí porque, na conhecida lição de Russomano (1981, p. 101), embora não decorra do espírito da Previdência Social, a carência é resultado de uma necessidade prática que obriga o legislador a vincular a concessão de benefícios e serviços a determinado número de contribuições pagas pelo segurado e pelo empregador, pois delas advêm, ainda que não exclusivamente, os recursos para a manutenção do sistema.

O conceito de carência é do senso comum e está presente no dia a dia da população. Seu cumprimento é exigido, por exemplo, quando da contratação de um plano de saúde ou um seguro de vida. No âmbito da Previdência Social, ela é entendida como o número mínimo de contribuições previdenciárias mensais efetuadas pelo segurado para obtenção de uma prestação previdenciária, derivando, a um só tempo, dos princípios da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, ambos expressamente previstos no art. 201 da Constituição Federal.¹

Quase todos os benefícios do Regime Geral de Previdência Social exigem, como condição para sua concessão, o preenchimento do requisito da carência.² Para o auxílio doença e a aposentadoria por invalidez, a regra geral é a exigência do implemento de uma carência mínima de doze meses. Há, todavia, situações especiais para as quais a legislação previdenciária previu verdadeira dispensa, isenção ou não exigência de tal requisito para obtenção desses dois benefícios por incapacidade. Sobre elas, e as inúmeras controvérsias judiciais daí decorrentes, ora se debruça este breve estudo.

1 CARÊNCIA MÍNIMA PARA BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

O auxílio doença e a aposentadoria por invalidez consubstanciam a cobertura do sistema previdenciário para os riscos sociais de doença e

1 Art. 201, da Constituição Federal: A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...).

2 As exceções ainda existentes dizem com os benefícios para dependentes (pensão por morte e auxílio reclusão) e que não substituem renda (salário-família e auxílio-acidente).

invalidez, ambos constitucionalmente previstos³. Quando causam efetiva incapacidade laboral com impossibilidade de provimento do próprio sustento, tais riscos sociais ensejarão, se preenchidos os demais requisitos, a concessão da prestação previdenciária respectiva ao segurado incapacitado.

A carência mínima exigida pela legislação previdenciária para obtenção de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez é, em regra, de doze meses, na forma do art. 25, I, da Lei nº 8.213/91. Exige-se, portanto, que o segurado tenha efetuado doze contribuições mensais anteriormente ao fato gerador, ou, em se tratando de segurado especial, que ele comprove o exercício de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, ainda que de forma descontínua, pelo período de doze meses.

Ao exigir o transcurso de lapso temporal entre a filiação e a ocorrência do fato gerador, a carência evita que o segurado procure o sistema de proteção social apenas quando percebe que necessitará do benefício previdenciário. A carência surge, assim, como requisito destinado a evitar que o trabalhador somente se filie depois de a doença de que é portador acarretar incapacidade laboral, quando já consumado, portanto, o risco social. Por isso é que a carência não leva em conta apenas certo número de contribuições, mas também determinado espaço de tempo.

Há situações em que essa carência de doze meses é *mitigada*: são aquelas atualmente previstas no art. 27-A da Lei nº 8.213/91, ou seja, nos casos de retomada da carência após a perda da qualidade de segurado. Na redação original da Lei nº 8.213/91, exigia-se do segurado o implemento de 1/3 da carência total do benefício pleiteado na nova filiação para poder se valer das contribuições anteriores à perda da qualidade de segurado e, assim, preencher a carência total necessária. Atualmente, exige-se o implemento de *metade* do período de carência, ou seja, o segurado deve cumprir carência de seis meses na refiliação em caso de perda e posterior recuperação da qualidade de segurado.⁴

Para além dessa situação, a legislação reconhece também circunstâncias nas quais o risco social protegido pela Previdência Social merece cobertura ainda que sucedido tão logo tenha havido a aquisição da qualidade de segurado, sem que se exijam as contribuições previdenciárias e o transcurso de tempo de doze meses. Trata-se, aqui, de hipóteses legais de verdadeira *isenção ou dispensa de carência*.

3 Art. 201, I, da Constituição Federal: A previdência social (...) atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada.

4 Recentemente, mais de uma medida provisória previu o fim dessa regra e a obrigação de implemento da carência cheia a cada refiliação ao Regime Geral. Foi o que ocorreu com as Medidas Provisórias nº 739/2016, 767/2017 e 871/2019. Aquela, contudo, perdeu vigência, ao passo que, quando da sua conversão em lei, essas duas últimas foram alteradas no ponto, com o que hoje se exige *metade* da carência na refiliação.

2 HIPÓTESES DE ISENÇÃO DE CARÊNCIA

Se o período de carência é o número mínimo de contribuições a serem implementadas pelo beneficiário *antes* da ocorrência do risco social a ser coberto pelo Seguro Social, a isenção de carência é o reconhecimento legal de que há situações especiais em que se admite que esse evento ou risco social seja coberto pelo sistema caso ocorra não antes, mas de forma concomitante ou logo após a mera filiação ao Regime Geral.

As “situações especiais” que ensejam a isenção ou não exigência de carência para benefícios por incapacidade vêm previstas no art. 26, II, da Lei nº 8.213/91, nos seguintes termos:

Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

[...]

II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez *nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho*, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido de alguma das *doenças e afecções especificadas em lista* elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, atualizada a cada 3 (três) anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado; (grifei)

Desde logo, salienta-se que os termos isenção, não exigência ou dispensa de carência são aqui tomados como sinônimos, já que seus efeitos práticos são os mesmos. Há, todavia, uma distinção pertinente, já que o dispositivo acima prevê, a um só tempo, duas espécies bem distintas de isenção de carência: uma que se poderia denominar de acidentária *lato sensu* e outra derivada da reconhecida especificidade e gravidade da moléstia incapacitante, ou, resumidamente, uma isenção por doenças graves específicas.

2.1 ISENÇÃO DE CARÊNCIA POR ACIDENTE *LATO SENSU*

A primeira das hipóteses legais de isenção de carência tem raízes assentadas na proteção social ao trabalhador e no tratamento historicamente conferido ao acidente de trabalho.

Nessa linha, além de nunca se ter exigido carência para o auxílio acidente, a Lei nº 8.213/91 também previu, desde sua redação original,

isenção de carência em caso de incapacidade derivada de *acidente de trabalho*. E, por acidente de trabalho, na redação atual do art. 19, entende-se aquele ocorrido no exercício do trabalho a serviço da empresa ou empregador doméstico, ou pelo exercício do trabalho dos segurados avulsos, que provoca lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

O tratamento conferido ao acidente de trabalho é estendido pela legislação de regência a outras situações relacionadas ao trabalho. Com isso, também são dispensadas de carência para gozo de benefício por incapacidade as hipóteses descritas nos artigos 20, I e II, 21 e 21-A da Lei nº 8.213/91.

Em se tratando de benefícios por incapacidade de natureza acidentária típica, portanto, há doenças ditas ocupacionais que, embora não ocorram de forma abrupta nem se amoldem ao conceito de acidente, estão diretamente relacionadas ao exercício do trabalho e, por isso, foram legalmente equiparadas a acidente de trabalho. Essas doenças profissionais e do trabalho devem estar relacionadas em lista elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social e os segurados acometidos por elas também gozam de isenção de carência. Existe, ademais, expressa previsão legal de que excepcionalmente outras doenças possam ser assim enquadradas por similitude⁵.

Com o advento da Lei nº 9.032/95, promoveu-se a equiparação entre benefícios acidentários e não acidentários e, com isso, a legislação previdenciária passou a prever a dispensa de carência não apenas para a incapacidade decorrente de acidente do trabalho e situações equiparadas, mas também para as hipóteses de acidente de qualquer natureza.

O conceito de acidente de qualquer natureza foi relegado ao Regulamento da Previdência Social e consta do parágrafo único do art. 30 do Decreto nº 3.048/99, nos seguintes termos:

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.

Em linhas gerais, portanto, a legislação previdenciária prevê isenção de carência para obtenção de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez

5 Art. 20, § 2º, da Lei nº 8.213/91: Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

toda vez que o segurado for acometido de incapacidade derivada de um evento traumático e súbito, decorrente de um agente externo, e que pode ter sua causa tanto vinculada (acidente do trabalho) como alheia ao labor habitual (acidente de qualquer natureza). Havendo danos efetivos sobre a capacidade laborativa desse segurado em função do acidente, a ser comprovado via perícia médica, haverá, então, direito ao benefício sem que seja necessário implemento de carência.

2.2 ISENÇÃO DE CARÊNCIA POR DOENÇAS GRAVES ESPECÍFICAS

A segunda parte do art. 26, II, da Lei nº 8.213/91 prevê, desde sua redação original, que pode se valer da isenção de carência o segurado que, depois de filiado ao Regime Geral, for acometido de alguma das doenças ou afecções especificadas em lista elaborada pelo Poder Executivo, a qual deve levar em consideração “critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado.” Assim, a segunda hipótese de não exigência de carência mínima para concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez é a das doenças graves, especificamente elencadas pela legislação.

Inicialmente, o art. 151 da Lei de Benefícios regulamentou a matéria, prevendo, em sua redação original, a isenção de carência para treze doenças:

Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

Na sequência, sobreveio a Portaria Interministerial MPAS/MS nº 2.998, de 23 de agosto de 2001, que manteve as mesmas doenças citadas no art. 151, que então perdeu vigência, e a elas acrescentou a hepatopatia grave.

A lista, taxativa, deveria ser revista a cada três anos. Contudo, apenas recentemente é que a Lei nº 13.135/2015, fruto da conversão da Medida Provisória 664/2014, atualizou e ampliou o rol, na medida em que trouxe

nova redação ao art. 151, lá incluindo esclerose múltipla, hepatopatia grave e espondiloartrose anquilosante. A despeito de nada constar na exposição de motivos da MP, infere-se que ela logrou atualizar a lista de doenças, com inclusão de outras três preenchedoras dos requisitos de gravidade e especialidade, e alterou a atribuição pela sua elaboração, retirando a referência ao Ministério do Trabalho. Atualmente, portanto, são dezesseis as doenças que podem ensejar a isenção de carência.

Não se olvida de respeitável entendimento doutrinário no sentido de que a parte final do art. 26, II, consistiria numa terceira hipótese de isenção, aplicável a doenças outras, não previstas na listagem, mas com alguma “especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado”. Em defesa da tese, Daniel Machado da Rocha (2018, p. 182) refere que “o dispositivo deve comportar, no mínimo, um elastério analógico. Não se cogita de matéria cuja rigidez exija um elenco imutável.”

Contudo, o dispositivo parece claro quanto à exaustividade do rol. Seja quando refere que a isenção se aplica às “doenças e afecções especificadas em lista”, o que se repetiu na Portaria nº 2.998 e no art. 151, seja na comparação da técnica do legislador na mesma Lei nº 8.213/91. Neste último caso, também se valendo de listagem relativamente às doenças ocupacionais, expressamente permitiu a excepcional ampliação de rol, prevendo-a no art. 20, §2º, o que, aqui, não ocorreu.

No caso das doenças graves, a legislação foi mais restritiva, e a possibilidade de alteração da listagem foi atribuída ao Poder Executivo via revisão trienal. O legislador apontou no próprio dispositivo as balizas para sua ampliação pelo Poder Executivo, a saber: critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado.

Ademais, a conclusão pela taxatividade da lista não se abala por argumentos afetos ao caráter social da legislação previdenciária, os quais não se contesta. É que a ausência de uma doença do rol não implica, por si só, negativa de cobertura previdenciária, mas somente a necessidade de preenchimento da carência mínima para obtenção do benefício por incapacidade. Logo, a não incidência da regra especial ao caso concreto não resultará em desamparo social do portador da moléstia.

Noutro giro, tanto o art. 26, II, da lei quanto o art. 2º da Portaria Interministerial de 2001 foram expressos ao prever que a isenção da carência pela doença grave somente se aplica ao segurado que for por ela acometido *após* sua filiação ao RGPS. O regramento, portanto, é específico, e a dispensa de carência somente tem lugar quando a própria doença ou afecção acomete o segurado após a aquisição da qualidade de segurado. Trata-se de regra *especial* que diferencia sobremaneira os benefícios por

incapacidade com isenção de carência, para os quais a própria doença ou afecção não pode ser preexistente à filiação, e os benefícios por incapacidade sem dispensa do cumprimento de carência, para os quais se aplica a regra geral do art. 59 e parágrafo único, de forma que apenas a incapacidade precisa ser posterior à aquisição da qualidade de segurado e cumprimento do período de carência.⁶ Noutras palavras, a isenção de carência para doença grave específica não engloba situações de agravamento de doença preexistente.

3 CONTROVÉRSIAS JUDICIAIS EM TORNO DA MATÉRIA

Com o incremento no número de ações judiciais versando sobre benefícios por incapacidade, tem sido recorrente o surgimento de novas teses jurídicas afetas à possibilidade de extensão das hipóteses legais de isenção de carência para sua obtenção. Da aparente singeleza interpretativa das situações previstas no art. 26, II, da Lei nº 8.213/91, derivam inúmeras discussões, ora relativas ao alcance do conceito de acidente de qualquer natureza, ora relacionadas à taxatividade da relação das doenças graves hoje contempladas na nova redação do art. 151.

3.1 DIVERGÊNCIAS CONCEITUAIS (O QUE SE ENTENDE POR ACIDENTE?)

O conceito de acidente tem sido cada vez menos unívoco no âmbito judicial. De fato, não mais se tem discutido somente o enquadramento de uma doença como ocupacional ou não, ou a caracterização de um acidente como *in itinere*, o que seria, de ordinário, a controvérsia recorrente nas ações por incapacidade acidentárias. Diante da previsão legal de isenção de carência também para o acidente de qualquer natureza, muito se tem debatido, especialmente no âmbito dos juizados especiais federais, quanto à possibilidade de ampliação desse conceito a fim de albergar situações diversas nas quais o segurado tenha sido de algum modo *surpreendido* pelo advento de alguma moléstia incapacitante.

Há pouco, a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região (TRU4) julgou caso em que se discutia a possibilidade de um segurado portador de toxoplasmose ver-se dispensado de implementar a carência, ao argumento de que a situação seria análoga à de acidente de qualquer natureza.⁷

A tese em julgamento partia do pressuposto de que a definição de acidente de qualquer natureza contida no Regulamento englobaria não

6 Súmula 59 da TNU: Não há direito a auxílio-doença ou a aposentadoria por invalidez quando a incapacidade para o trabalho é preexistente ao reingresso do segurado no Regime Geral de Previdência Social.

7 TRU4. IUJEF 5009789-72.2018.4047108. Rel. Juiz Fernando Zandoná, j. em 05/06/2019.

somente eventos de origem traumática, mas também eventos causados por agentes exógenos, dissociando, portanto, esses dois elementos centrais do conceito. Porém, o conceito de acidente previsto no art. 30 do Decreto nº 3.048/99, como também o sentido comum do termo, exigem para sua configuração uma origem traumática e o concurso de um fator exógeno, ou seja, um acontecimento provocado por uma ação violenta e inesperada decorrente de um agente externo.

No caso concreto, como houvera infecção por toxoplasmose, doença cujo contágio decorre de agente exógeno (um protozoário), bem assim considerando que tal contágio decorreria de ingestão ou contato *accidental*, a situação poderia, então, ser tomada como análoga à de um acidente de qualquer natureza.

A tese de equiparação de toxoplasmose a acidente acabou sendo rechaçada, mas por maioria. Conquanto a TRU4 tenha na ocasião reafirmado que o conceito previdenciário de acidente de qualquer natureza exige, cumulativamente, a origem traumática e a exposição a agentes exógenos, não sendo essa última suficiente, sozinha, para sua caracterização, fato é que tem se repetido a alegada exclusão do elemento evento traumático para equiparar a acidente de qualquer natureza um sem número de doenças.

Anteriormente, a mesma TRU4 tratou do tema em dois incidentes: num deles, debatia-se se o acidente vascular cerebral (AVC) configuraria acidente para fins de concessão de auxílio acidente⁸; noutro, se esse mesmo AVC, quando enseja incapacidade laborativa, configuraria hipótese de isenção de carência por enquadramento no conceito de acidente de qualquer natureza.⁹

Ao julgar o tema, em ambas as oportunidades a Turma afastou o argumento de equiparação do AVC a acidente de qualquer natureza, já que não se trata de fato externo, súbito e violento, assentando, corretamente, que um evento médico inesperado não pode ser enquadrado na definição de acidente - do contrário, qualquer emergência médica ou doença de início súbito dispensariam carência. No mesmo sentido, aliás, também a TNU já afastou a equiparação do AVC a acidente ao julgar incidente de uniformização de jurisprudência.¹⁰

Por certo não se defende que não haja cobertura previdenciária em caso de toxoplasmose, AVC ou qualquer outra doença. O que se sublinha é

8 TRU4. IUJEF n. 5000464-14.2011.4.04.7013, Rel. p/ Acórdão Juíza Federal Flávia da Silva Xavier. J. em 24/11/2016.

9 TRU4. IUJEF n. 5009226-21.2012.404.7001/PR, Rel. p/ Acórdão Juiz Federal Daniel Machado da Rocha. J. em 02/05/2014.

10 TNU. PEDILEF 0507928-48.2016.4.05.8102, Rel. Juiz Federal Fernando Moreira Gonçalves, publicado em 28.02.2018.

a necessidade de efetiva configuração de um acidente de qualquer natureza para que no caso concreto incida o regramento especial e mais benéfico da dispensa de carência. Ausente o evento traumático, a isenção é indevida sob tal fundamento. Ademais, a legislação previdenciária propositadamente distingue acidente de doença, tanto que prevê duas hipóteses de isenção de carência distintas no art. 26, II. Quando quis dar equivalente tratamento de uma a outra, como no caso de acidente de trabalho típico e doenças ocupacionais, o legislador promoveu a equiparação de forma expressa e inequívoca, como já salientado neste estudo anteriormente.

3.2 DISSENSOS INTERPRETATIVOS – QUAL O ALCANCE DA ISENÇÃO POR DOENÇAS GRAVES ESPECÍFICAS?

Se, por um lado, a tese da equiparação de determinadas doenças a acidente de qualquer natureza parece estar em vias de ser superada pela jurisprudência, por outro ainda se discute, e segue em aberto, o alcance da segunda parte do art. 26, II, da Lei nº 8.213/91.

Tratando do tema, há decisões isoladas que aplicam incorretamente o dispositivo, dispensando o segurado portador de doença grave prevista na listagem do art. 151 simultaneamente do cumprimento de carência e da qualidade de segurado – ou seja, autorizando o segurado a vincular-se ao regime já incapaz.¹¹ São comuns, outrossim, ações em que se discute questão médica relativa à efetiva configuração, no caso concreto, de alguma das afecções que dispensam carência.¹²

A questão mais polêmica, contudo, refere-se à taxatividade ou não do rol das dezesseis doenças e afecções hoje previstas no art. 151 da Lei nº 8.213/91 e a possibilidade (e os eventuais limites) da extensão da isenção de carência por doenças graves específicas a situações outras, não expressamente contempladas pela legislação.

Em caso de anemia aplástica idiopática, a TRU4 concluiu pela possibilidade de isentar o segurado de carência ante a semelhança da moléstia com neoplasia maligna.¹³ Raciocínio similar se deu no julgado relativo ao AVC¹⁴, quando a TRU4 entendeu possível a dispensa de carência nos casos de patologias que apresentem características semelhantes àquelas

11 V., por todos, TRPR, Recurso Cível 5004283-19.2016.4.04.7001/PR, Segunda Turma. Rel. Juiz Federal Leonardo Castanho Mendes, j. em 15/03/2017.

12 A título de exemplo: Mal de Parkinson: TRU4, IUJEF 5002376-47.2014.4.04.7205, Rel. Juiz Federal Henrique Luiz Hartmann, j. em 07/12/2016. Alienação mental: STJ, AREsp 1492649/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 23/08/2019, dentre muitos outros.

13 TRU4, IUJEF 5008434-52.2012.404.7200/SC, Rel. Juiz Federal Adamastor Nicolau Turnês, D.E. 05/09/2014.

14 TRU4, IUJEF 5009226-21.2012.404.7001, Relator Juiz Federal Daniel Machado da Rocha, D.E. 02/05/2014. O julgado até hoje baliza a matéria na 4ª Região.

doenças previstas no rol, mas não por analogia, e sim via exercício de interpretação extensiva. Do voto do relator, extrai-se:

Examinando esta situação, pela perspectiva da teoria geral do direito, constata-se que não seria o caso de analogia. No caso em foco, não estamos em face da falta de dispositivo legal, porquanto o Plano de Benefícios consagrou um enunciado normativo para permitir a concessão de prestações devidas em face da incapacidade laboral, mesmo quando a carência de doze meses não foi implementada. Por conseguinte, a tarefa a ser desenvolvida pelo operador do direito aqui é a de promover uma investigação que busca inteirar-se da finalidade que motivou a edição da disposição legal e, depois da sua compreensão, promover a sua extensão para um caso que não foi previsto, mas se fosse considerado pelo legislador, provavelmente ele teria sido incluído.

Nessa mesma esteira, a TNU firmou entendimento no sentido da dispensa de carência quando há “correspondência entre a moléstia apresentada pelo segurado e uma das enfermidades elencadas previamente como isentas de carência na norma abstrata”¹⁵, bem assim assentou recentemente que, nos casos de AVC, a isenção somente é possível em sendo configurada paralisia irreversível e incapacitante, afastando, por conseguinte, situações de paralisia temporária.¹⁶

De fato, não se vê fundamento bastante para que um segurado acometido de AVC do qual tenha resultado paralisia permanente não seja albergado pela isenção, justamente porque dentre as doenças que isentam carência está a “paralisia irreversível e incapacitante”. Trata-se, pois, de aplicação de situação prevista abstratamente como de dispensa de carência ao caso concreto ou, no máximo, atualização da significação contida nos termos previstos nesse rol pela via da interpretação extensiva. A rigor, porém, essa interpretação não traz nada de novo, consistindo em reconhecimento da paridade de um conceito a outro ante a semelhança de seus elementos essenciais ou, se ausente essa semelhança essencial, resultando no afastamento da norma.

Diferente, contudo, é o elastecimento das hipóteses legais e exaustivas de isenção de carência ao argumento de que o rol das doenças seria exemplificativo e, por isso, bastaria a imprevisibilidade da moléstia

15 TNU, PEDILEF 505738-21.2016.4.05.8100/CE, Rel. Juiz Federal Fabio Cesar dos Santos Oliveira, julgado em 23/02/2018. No mesmo sentido, porém se equivocando na referência a AVC como acidente: TNU, PEDILEF 0010540-71.2017.4.90.0000/DF, Rel. Juiz Federal Sérgio de Abreu Brito, julgado em 27/11/2017.

16 TNU, PEDILEF 5058365-57.2017.4.04.7100/RS, Rel. Juiz Federal Erivaldo Ribeiro dos Santos, julgado em 27/06/2019.

e/ou suas consequências incapacitantes mais deletérias para a dispensa do requisito.¹⁷

No ponto, não se pode aquiescer com o argumento de que a parte final do art. 26, II, ao fazer referência a “outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado”, abriria uma *terceira* possibilidade de isenção de carência, a permitir sua aplicação a quaisquer situações congêneres. O dispositivo não dá margem a tal interpretação. Pelo viés tributário, está-se diante de hipótese indireta de isenção de contribuição. Logo, a regra deve ser interpretada literalmente¹⁸. Semanticamente, a referência a “outro fator” está inserida no mandamento direcionado ao Poder Executivo, a quem se delegou de modo exclusivo a atribuição de elaboração e revisão da listagem taxativa; por isso, é a própria listagem que, ao ser elaborada, deve estar de acordo com critérios de especificidade e gravidade. À vista da desejável coerência do sistema, enfim, o rol de isenção de carência *coincide* com o rol de isenções do imposto de renda, que também é *numerus clausus* e teve sua interpretação *restritiva* confirmada pelo STJ.¹⁹

Entende-se inviável, pois, a equiparação de situações distintas, nas quais a necessidade do benefício por incapacidade advém de causa que não tem qualquer assemelhado no rol, como é o caso da gestação de alto risco. Em sentido oposto, contudo, há precedente da TRU⁴ favorável à extensão da isenção à gestante²⁰ e sentença proferida em Ação Civil Pública ainda em trâmite na 4^a região que determina que o INSS, em âmbito nacional, se abstenha de exigir carência para concessão de auxílio-doença às seguradas cuja gravidez seja comprovada clinicamente como de alto risco²¹.

Ao contrário do que ocorre com doença da qual resulta paralisia definitiva, não se vê justa causa para a extensão da isenção por doenças graves específicas à gestação de alto risco. Em verdade, sua inclusão a pretexto de realizar um princípio ou dever constitucional, ou sob justificativa de que a opção legislativa posta é insuficiente, para além de uma indevida interpretação analógica, acarreta indesejável subjetivismo na aplicação da regra, não realiza o princípio da igualdade – porque sempre

17 Como no TRU⁴, IUJEF 5015887-71.2012.4.04.7112/RS, Rel. Acórdão Juiz Federal Daniel Machado da Rocha, julgado em 05.06.2015, em que a isenção foi aplicada a caso de *epilepsia* decorrente de AVC.

18 Art. 111 do Código Tributário Nacional: Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: II - outorga de isenção.

19 Art. 6, XIV, da Lei 7.713/88 e tema repetitivo 250. STJ, REsp 1116620/BA (representativo de controvérsia), Rel. Ministro Luiz Fux, 1^a Seção, DJe 25/08/2010.

20 TRU⁴, IUJEF 5000846-63.2013.404.7004/PR, Rel. Acórdão João Batista Lazzari, julgado em 30.05.2014.

21 Ação Civil Pública 5051528-83.2017.4.04.7100, que tramita na 17^a Vara Federal de Porto Alegre.

haverá uma outra moléstia a reclamar mesmo tratamento – e traz, enfim, insegurança jurídica.

Quanto a doenças outras, portanto, entende-se que o rol é, sim, atualizável, mas pelo Poder Executivo no exercício de sua exclusiva competência, podendo a matéria ser tratada, ainda, pela via do legislativo. A esse propósito, aliás, se prestam diversos projetos de lei atualmente em trâmite: o Projeto de Lei (PL) 4.399/2019 objetiva para isentar de carência portadores de fibromialgia; o PL 3.805/2012, os portadores de xeroderma pigmentoso; o PL 10.592/2018, os portadores de neuromielite óptica; o PL 8046/17 e o PL 3.086/2012, esclerose lateral amiotrófica (ELA) e glaucoma. Mais amplo e em trâmite mais avançado, enfim, está o PLS 319/2013, que objetiva contemplar com a isenção de carência os portadores de formas incapacitantes de doenças reumáticas, neuromusculares ou osteoarticulares crônicas ou degenerativas, tais como lúpus eritematoso sistêmico, osteoporose, esclerose lateral amiotrófica (ELA), esclerose múltipla e artrite reumatoide.

No âmbito jurisdicional, aguarda-se decisão a ser proferida pela TNU quando do julgamento do tema 220, afetado como representativo de controvérsia nos seguintes termos: “saber se o rol do inciso II do art. 26 c/c art. 151 da Lei nº 8.213/91 é taxativo ou se pode contemplar outras hipóteses de isenção de carência, como a gravidez de alto risco”.²² Espera-se, contudo, que, na esteira dos seus precedentes mais recentes sobre a matéria, aquela Turma conclua que a taxatividade das hipóteses de isenção não se confunde com negativa de cobertura previdenciária ou, ao menos, que o juízo de similitude possível nesse campo se deve limitar a uma interpretação extensiva que atente para as moléstias que já foram expressamente contempladas no rol, não havendo falar em qualquer tipo de cláusula aberta que permita a expansão subjetiva e indiscriminada da isenção prevista na segunda parte do art. 26, II. Do contrário, a pretexto de realizar as finalidades sociais da legislação previdenciária, mais uma vez se estará diante da subversão da norma previdenciária posta em prol de um indesejável subjetivismo judicial.

4 BREVES CONCLUSÕES

1. No art. 26, II, da Lei nº 8.213/91, a legislação previdenciária reconhece circunstâncias especiais em razão das quais há isenção ou dispensa de implemento da carência para a concessão de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez. A primeira parte do art. 26, II, prevê essa

²² TNU, IUJEF 5004376-97.2017.4.04.7113/RS (TEMA 220), de relatoria da juíza federal Isadora Segalla Afanasieff.

isenção quando o segurado for acometido de incapacidade derivada de um evento traumático e súbito, decorrente de um agente externo, de causa vinculada (acidente do trabalho e equiparados) ou alheia ao labor habitual (acidente de qualquer natureza). A segunda parte do mesmo dispositivo prevê dispensa de carência para o segurado que, depois de filiado, for acometido por alguma das doenças e afecções especificadas em lista taxativa elaborada pelo Poder Executivo. Atualmente, essa lista consta do art. 151 da Lei nº 8.213/91 e contempla dezesseis moléstias;

2. A não aplicação de qualquer das duas hipóteses de isenção de carência do art. 26, II, da lei não implica negativa de cobertura previdenciária, mas somente necessidade de preenchimento de carência mínima para obtenção de benefício por incapacidade, como, a rigor, o exigem quase todas as prestações previdenciárias;
3. Doenças ou emergências médicas não podem ser equiparadas a acidente de qualquer natureza porque, ainda que causadas por agente exógeno, não decorrem de evento traumático. Os elementos configuradores de acidente no conceito trazido pelo art. 30 do Decreto nº 3048/99 precisam ser preenchidos de forma concomitante para sua caracterização;
4. A taxatividade da listagem de doenças graves específicas que isentam carência não obsta sua interpretação extensiva, devendo, todavia, ser consideradas as doenças e afecções expressamente previstas no rol. Por isso, segurado que sofre AVC do qual deriva paralisia irreversível e incapacitante pode ser dispensado do implemento da carência;
5. O art. 26, II, *não* contempla cláusula genérica que permita isentar de carência qualquer situação de saúde considerada grave. A redação do dispositivo propositadamente confere ao Poder Executivo a atribuição de ver e rever a listagem das moléstias contempladas pela isenção de carência, sendo possível, ademais, sua expansão pela via legislativa;
6. A extensão das hipóteses de isenção de carência por doenças graves específicas à revelia da lei, a exemplo da gestação de alto risco, carece de fundamentação. A aplicação de analogia sem que haja lacuna na lei – já que se está diante de opção legislativa válida – abre espaço para a insegurança jurídica e o indesejável subjetivismo das decisões judiciais em matéria previdenciária.

REFERÊNCIAS

BERNARDO, Leandro Ferreira e FRACALOSSO, William. *Direito Previdenciário na visão dos tribunais*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

GARCIA, Emerson. Direito judicial e teoria da Constituição. *In: Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: Podium, 2008.

HARET, Florence. Analogia e interpretação extensiva: apontamentos desses institutos no Direito Tributário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito USP*, São Paulo, v. 105, p. 991-1006, jan.-dez. 2010.

ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

PREEXISTENCIA DA INCAPACIDADE E DOENÇA GRAVE NO REGIME PREVIDENCIÁRIO: QUANDO NÃO SE APLICA A ISENÇÃO DE CARÊNCIA

*PRE-EXISTENCE OF INCAPABILITY AND SERIOUS DISEASE
IN SOCIAL SECURITY: WHEN THE EXEMPTION OF GRACE
IS NOT APPLIED*

Karine Teixeira Dumêt Romera

Pós-graduada em Direito Processual Civil. Procuradora Federal, atua na Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios por Incapacidade do Paraná (ETR-BI/PR)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Seguro social; 2 Doença e incapacidade; 3 Doença grave e isenção de carência; 4 Previsão legal acerca da preexistência da enfermidade; 5 Regulamentação da questão na IN 77 do INSS e na Portaria Interministerial n.º 2.998/01; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo estuda a questão da preexistência da doença grave sob o enfoque do direito previdenciário. A partir dessa análise, o objetivo é entender o que especificamente prevê a legislação em vigor no direito brasileiro em relação à condição de saúde do segurado que ingressa no Regime Geral da Previdência Social. A legislação e as normas vigentes sob o tema são analisadas, com uma visão crítica sobre a interpretação extensiva e assistencial da Justiça. Nesse sentido, diferencia-se o conceito de doença, doença grave, isenção de carência e incapacidade laboral. O estudo considera esses institutos, ainda, sob o enfoque da Previdência e da Assistência Social.

PALAVRAS-CHAVE: Doença. Doença grave. Ausência de isenção de carência. Incapacidade preexistente. Previdência e Assistência Social.

ABSTRACT: The article in question studies the issue of the preexistence of serious illness under the focus of social security law. From this analysis, the objective is to understand what specifically provides the legislation in force in Brazilian law in relation to the health condition of the insured who joins Social Security. The legislation and rules in force on the subject are analyzed, with a critical view on the extensive interpretation and assistance by the Justice. In this sense, the concept of disease, serious illness, exemption from grace and incapacity at work is different. The study also considers these institutes from the perspective of Social Security and Social Assistance.

KEYWORDS: Disease. Serious illness. Pre-existing disability. No grace waiver. Welfare and Social Assistance.

INTRODUÇÃO

O estudo de qualquer tema afeto à previdência social deve ser iniciado com a contextualização da temática no âmbito do conceito de seguro social.

As normas previdenciárias existem justamente para salvaguardar o que está sendo oferecido à sociedade mediante a exigência de uma contribuição. O objetivo é assegurar a cobertura ao risco da doença, ao evento morte, aposentadoria etc.

Nesse sentido, ressaltando-se o seu caráter assecuratório, o seguro social tem um conceito totalmente diferente de assistência social.

Estabelecer uma diferenciação entre previdência e assistência social nos permite compreender a necessidade de uma abordagem específica da legislação previdenciária como normatização sobre um seguro social.

No entanto, por diversas vezes, não é essa a interpretação da norma previdenciária que se verifica na prática jurídica.

Especificamente em relação ao tema da doença incapacitante, essa separação entre assistência e seguro nos permite captar a razão de ser de questões como a isenção de carência para doenças graves, sendo essa a finalidade essencial do conteúdo abordado no presente artigo.

1 SEGURO SOCIAL

Conforme tema estudado no direito constitucional, o sistema de seguridade social no Brasil abrange a previdência social, a saúde e a assistência social.

O professor e também procurador federal Frederico Amado¹ ensina que:

A seguridade social no Brasil consiste no conjunto integrado de ações que visam a assegurar os direitos fundamentais à saúde, à assistência e à previdência social, de iniciativa do Poder Público e de toda a sociedade.

Note-se, portanto, que a previdência social é apenas uma parte do conjunto de ações para a promoção da seguridade social.

A vertente pertinente à previdência é contributiva, depende do pagamento das contribuições pelos seus segurados para que seja possível a contraprestação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

¹ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. Salvador: Juspodivm, 2014.

Diversamente, os direitos à saúde e à assistência não são contributivos. Esses últimos, sim, estão atrelados simplesmente ao dever do Estado de salvaguardar as necessidades humanas consideradas essenciais.

Sob essa acepção é que se deve interpretar todas as normas previdenciárias. A noção de que o seguro social é um sistema colaborativo e restrito aos seus contribuintes não deve ser perdida, sob pena de o sistema vir a se tornar inexecutável em um futuro muito próximo.

A lei 8.213/91, a qual será estudada no tocante às doenças graves, dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. É destinada não a toda sociedade, mas aos seus beneficiários mediante contribuição, como bem preceitua seu próprio art. 1º:

Art. 1º A Previdência Social, *mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.* (grifei)

2 DOENÇA E INCAPACIDADE

A palavra “doença” consiste na manifestação de alguma patologia do organismo, ou seja, trata-se de uma perturbação da saúde.

Há que se ter em mente a crucial distinção entre doença e incapacidade.

A incapacidade laborativa, segundo Manual Técnico de Perícia Médica - instrumento publicado na forma de Resolução assinada pelo Presidente do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS²:

é a impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade, função ou ocupação habitualmente exercida pelo segurado, em consequência de alterações morfofisiológicas provocadas por doença ou acidente.

Destarte, para fins de recebimento de benefício por incapacidade, não basta que o segurado esteja acometido por alguma moléstia. Essa patologia deve, necessariamente, gerar uma impossibilidade física ao exercício do trabalho para que ocorra a incapacidade laboral.

² Disponível em: <<https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-Técnico-de-Perícia-Médica-2018.pdf>>.

Por isso, toda incapacidade presume o acometimento de uma enfermidade, mas nem toda enfermidade significa a existência de uma incapacidade laboral.

3 DOENÇA GRAVE E ISENÇÃO DE CARÊNCIA

Para fins Previdenciários, uma doença é categorizada como grave de acordo com a previsão legal.

Nesse sentido, não se trata de uma classificação que dependa apenas de uma análise médica ou clínica. Essa doença deve estar prevista na delimitação normativa para que seja considerada grave.

Por isso, a Portaria Interministerial MPAS/MS Nº 2.998, de 23 de agosto de 2001, cujo artigo 1º tem a seguinte redação:

Art. 1º As doenças ou afecções abaixo indicadas excluem a exigência de carência para a concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez aos segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS:

- I - tuberculose ativa;
- II - hanseníase;
- III- alienação mental;
- IV- neoplasia maligna;
- V - cegueira
- VI - paralisia irreversível e incapacitante;
- VII- cardiopatia grave;
- VIII - doença de Parkinson;
- IX - espondiloartrose anquilosante;
- X - nefropatia grave;
- XI - estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante);
- XII - síndrome da deficiência imunológica adquirida - Aids;
- XIII - contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada; e
- XIV - hepatopatia grave

Os portadores de doença grave têm direito a isenção a diversos impostos sendo que, no âmbito do direito previdenciário, têm direito à isenção de carência para a obtenção dos benefícios por incapacidade.

A esse respeito a Lei 8.213/91 é clara ao estabelecer no art. 26, inciso II que:

independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, *bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social*, atualizada a cada 3 (três) anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado”. (grifei)

A expressão acima grifada é exatamente o cerne da questão a ser devidamente elucidada no presente estudo.

Efetivamente, existe a previsão da isenção de carência para as doenças consideradas graves nos atos normativos da Previdência Social.

No entanto, o que precisa ser atentado, na devida aplicação da lei ao caso concreto, é que o segurado deve ser acometido pela doença grave somente APÓS filiar-se ao RGPS.

Não se trata de uma mera interpretação, a norma legal expressamente determina essa questão, como acima transcrito.

Importante que seja esclarecido que não teria sentido algum a legislação conceder a isenção de carência para um segurado que já ingressasse naquele sistema securitário portador da moléstia.

A isenção de carência existe justamente em razão da gravidade da enfermidade, o que significa que a doença desde o seu início se apresenta relevante e incapacitante.

Em vista disso, não é possível que o recolhimento de um segurado para a promoção da sua filiação ao Regime Geral da Previdência Social seja posterior ao início da sua doença grave, ainda que o efetivo início da incapacidade tenha sido firmado por um diagnóstico posterior. Vale lembrar que, na maioria das vezes, um exame específico apenas posteriormente confirma um diagnóstico que já era dado como previsto a partir dos sintomas apresentados.

A isenção de carência prevista no art. 26, II da Lei 8.213/91 não se destina a essa hipótese.

Quis o legislador que a pessoa que já estivesse vinculada ao RGPS e que, porventura, venha posteriormente a ser acometida por moléstia grave, não precise esperar os 12 meses de carência para obter o benefício, justamente porque a gravidade da doença não permitiria essa espera.

Contudo, na prática previdenciária, é muito comum vislumbrar a concessão judicial de benefício por incapacidade a segurados que ingressaram ao RGPS portadores da doença grave, mas somente tiveram a incapacidade fixada numa data específica *a posteriori*, referente a data do exame que diagnosticou a incapacidade após à filiação.

O benefício, na situação específica ora analisada, é indeferido administrativamente pelo INSS, eis que a autarquia aplica o art. 26 da Lei 8.213/91, não considerando devido o benefício se o segurado já ingressou ao RGPS portador da doença grave. Mas, após o questionamento do ato do INSS na via judicial, há parcela razoável da jurisprudência que somente irá considerar a data da confirmação da incapacidade para a análise da qualidade de segurado.

Vê-se diversas situações em que os segurados realizaram seus recolhimentos como contribuintes individuais (autônomos) com o pagamento efetivado somente após a ciência da doença grave. Porém, têm deferido o benefício na via judicial ao argumento de que a data da incapacidade, fixada na data de determinado exame, seria posterior a esse ingresso.

A hipótese acima descrita consiste numa burla ao sistema do seguro social, uma vez que não se trata de cobertura de uma situação imprevisível. Se há consciência da doença grave, trata-se de doença prévia.

4 DA PREVISÃO LEGAL ACERCA DA PREEXISTÊNCIA DA INCAPACIDADE

O principal motivo para a problemática acima apontada, ou seja, a concessão na via judicial de benefícios por incapacidade a segurados com doença grave anterior à filiação, ocorre justamente em decorrência da interpretação equivocadamente extensiva que é dada ao dispositivo legal que delimita a questão da incapacidade preexistente.

A esse respeito citemos o texto do §1 do art. 59 da Lei 8.213/91:

§ 1º Não será devido o auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, *exceto quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento da doença ou da lesão.* (grifei)

A lei prevê que não será devido o auxílio-doença ao segurado que já ingressar no regime portador da doença. No entanto, apresenta uma ressalva na hipótese dessa doença sofrer um agravamento posterior, o que causaria uma incapacidade apenas após a filiação ao INSS.

Pode até parecer que os dispositivos ora estudados no art. 59, §1º e no art. 26, inciso II da Lei 8.213/91 são conflitantes, mas não são.

Há que se distinguir as situações as quais esses artigos se dispõem a delimitar para que não seja cometido nenhum engano na aplicação dessas normas.

A situação da doença grave não se enquadra na ressalva prevista pelo §1º do art. 59, haja vista que esse tipo de doença já se instaura com gravidade. A doença grave é incapacitante por si.

Se a doença já é considerada grave desde o início, desde quando é deflagrada, não há que se falar em agravamento posterior.

Inequívoco, portanto, que não é cabível a aplicação da hipótese de agravamento posterior ao ingresso ao regime da previdência para as doenças que já são graves.

Exatamente por essa razão é que as doenças graves tiveram tratamento diferenciado no texto legal, com delimitação na seção referente à carência, no art. 26, inciso II da Lei 8.213/91, repita-se, para os casos dos segurados que forem acometidos após o ingresso ao RGPS.

O segurado que já ingressar no sistema portador da doença grave terá que cumprir a carência de 12 meses prevista em lei antes de manifestar a incapacidade. Isso dificilmente ocorrerá por ser uma doença severa. Mas a carência visa justamente coibir que uma situação preexistente venha a burlar o sistema de seguro.

Pelo princípio da especialidade, a norma específica prevista no art. 26, II da Lei 8.213/91 deve ser aplicada para a situação própria que lhe é prevista, sem a supressão do art. 59 §1º que é tido como uma norma geral.

Nesse sentido, importante mencionar que, muito embora se verifique diversas concessões judiciais de benefício na situação acima apontada, há, também, várias decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais que claramente aplicam corretamente o tema ora estuado:

RECURSO INOMINADO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO DOENÇA. ISENÇÃO DE CARÊNCIA. DOENÇA ANTERIOR AO REINGRESSO NO RGPS. INAPLICABILIDADE DO ART. 151 DA LEI 8.213-91. 1. Segundo já uniformizou a TRU “*O disposto no art. 151 da Lei de Benefícios só tem aplicação aos casos em que a parte autora seja segurada da Previdência Social e venha a ser acometida de doença grave após a filiação ao RGPS*” (IUJEF n. 0002396-23.2007.404.7059, relator para o acórdão Juiz Federal Leonardo Castanho Mendes, D.E. 16/11/2012) (5004223-79.2012.4.04.7003, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO, Relator GILSON JACOBSEN, juntado aos autos em 28/02/2013). 2. Recurso desprovido.

(RECURSO CÍVEL 5003002-39.2018.4.04.7201, LUÍSA HICKEL GAMBA, TRF4 - PRIMEIRA TURMA RECURSAL DE SC, 27/02/2019.) (grifei)

RECURSO INOMINADO EM RECURSO CÍVEL Nº 5000391-25.2018.4.04.7004/PR.RELATORA: JUÍZA FEDERAL NARENDRA BORGES MORALES.RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS (RÉU).RECORRIDO: REGINALDO MARTINS DA SILVA (AUTOR)

VOTO

Trata-se de recurso do INSS contra sentença de procedência do pedido inicial para condená-lo a conceder, em favor do autor, o benefício de auxílio-doença desde 09/11/2017 (DER do NB 621.092.076-8), mantendo-o ativo até 30/11/2018.

Nas razões, o INSS sustenta que no caso de doenças que isentam a carência deve-se ter em vista não a data de início da incapacidade (DII), mas a data de início da própria doença (DID), pois a previsão é clara no sentido de que a isenção “só é aplicável ao segurado que for acometido da doença ou afecção após a sua filiação ao RGPS”, nos termos da legislação previdenciária, da Portaria Interministerial n.º 2.998/01 e Instrução Normativa 77 do INSS.(...)

O art. 26 da Lei 8.213/91 prevê a dispensa do cumprimento da carência, nas seguintes situações: (...)

Quanto às doenças isentas de carência, assim dispôs o art. 151 do mesmo diploma: (...)

O texto é claro ao exigir que a doença, e não a incapacidade, seja posterior à filiação ao RGPS para fins de dispensa da carência.

A Portaria Interministerial MPAS/MS n. 2.998, de 23 de agosto de 2001, que regulamenta o art. 26, II, da Lei 8.213/91, apresentando a lista de doenças que independem de carência para sua concessão, prevê expressamente:

Art. 1º As doenças ou afecções abaixo indicadas excluem a exigência de carência para a concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez aos segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS: I - tuberculose ativa; (...)

Art. 2º O disposto no artigo 1º só é aplicável ao segurado que for acometido da doença ou afecção após a sua filiação ao RGPS.

Assim, para que os portadores dessas doenças façam jus à concessão do auxílio-doença, basta que no momento em que adquirida uma ou mais destas enfermidades, eles já ostentem a qualidade de segurado, dispensando-se o cumprimento de carência de 12 contribuições mensais, o que não é o caso dos autos. (...)

Considerando que após a cessação do auxílio-doença em 28/02/2005, perdeu a qualidade de segurado desde 15/04/2006 e só retornou ao RGPS com vínculo de emprego em 11/03/2017 (ev.1, CTPS⁴ e ev.2, CNIS¹), o autor não ostentava a qualidade de segurado quando foi acometido da doença, que teve início em data anterior ao seu ingresso ao RGPS (DID em 01/2017).

Portanto, comprovado que o autor reingressou ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença invocada como causa para o benefício, não é devida a concessão do auxílio-doença e a improcedência do pedido inicial é a medida que se impõe.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Ante o exposto, voto por DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Juíza Federal Narendra Borges Morales.

5 NORMATIZAÇÃO DA QUESTÃO NA IN 77 E NA PORTARIA INTERMINISTERIAL N.º 2.998/01

A temática sob análise é detalhadamente esclarecida no âmbito da normatização interna do INSS, pela Instrução Normativa INSS/PRES N. 77 de 21 de janeiro de 2015. Cite-se:

Art. 307. A análise do direito ao auxílio-doença, após parecer médico-pericial, deverá levar em consideração:

I - se a DII for fixada anteriormente à primeira contribuição, não caberá a concessão do benefício;

II - se a DII for fixada posteriormente à décima segunda contribuição, será devida a concessão do benefício, independentemente da data de fixação da DID, desde que atendidas as demais condições; e

III - se a DID for fixada anteriormente à primeira contribuição e a DII for fixada anteriormente à décima segunda contribuição, não caberá a concessão do benefício.

Parágrafo único. Havendo a perda da qualidade de segurado e fixada a DII após ter cumprido um terço da carência exigida, caberá a concessão

do benefício se, somadas às anteriores, totalizarem, no mínimo, a carência definida para o benefício.

Art. 308. Por ocasião da análise do pedido de auxílio-doença, quando o segurado não contar com a carência mínima exigida para a concessão do benefício, *deverá ser observado se a situação isenta de carência, conforme especificação do inciso II do art. 147.*

§ 1º Na situação prevista no caput, a DID e a DII devem recair a partir do segundo dia da data da filiação para que o requerente tenha direito ao benefício, observado o disposto no inciso III do art. 30 do RPS.

§ 2º Quando se tratar de acidente de trabalho típico ou de trajeto haverá direito à isenção de carência, ainda que DII venha a recair no primeiro dia do primeiro mês da filiação.” (grifei)

O Regulamento da Previdência Social, contido no Decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999, prevê no art. 30, inciso III, as hipóteses de doenças decorrentes de acidente de qualquer natureza ou doenças graves ocorridas após a filiação do segurado ao RPS a serem especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e Previdência.

A Instrução Normativa do INSS demarca a hipótese da concessão da isenção de carência na doença grave apenas para os casos em que o segurado apresente a DID (data do início da doença) e DII (data do início da incapacidade) após o segundo dia da data da filiação.

O segurado somente terá direito à isenção da carência, em decorrência da doença grave, se tanto a DID quanto a DII forem posteriores ao ingresso ao RGPS.

Há, ainda, uma Portaria Interministerial MPAS/MS Nº 2.998, de 23 de agosto de 2001, repetindo a mesma determinação.

A lógica desse ato normativo expressa-se, destarte, no entendimento de que a isenção de carência se dá apenas para as doenças graves que venham a atingir o segurado após a filiação.

6 CONCLUSÃO

É preciso lembrar, como esclarecido no início deste estudo, que não se está sob análise um regime assistencial. A norma ora apreciada regula um sistema contributivo de seguro social.

Nesse passo, situando-se a legislação estudada na matéria referente a um sistema de previdência, não há lógica para a concessão de isenção de carência para uma hipótese de doença grave preexistente ao ingresso ao RGPS.

Por certo, os artigos ora estudados da Lei 8.213/91, art. 26, II (isenção de carência para doenças graves) e art.59 §1º (agravamento da doença para gerar incapacidade posterior) não podem ser aplicados de forma associada para um mesmo caso concreto, posto que se referem a situações diversas.

A hipótese de doença anterior com posterior agravamento incapacitante, como previsto no art. 59 acima mencionado, não deve ser aplicada para o caso das doenças graves com isenção de carência.

Pergunta-se qual seria o sentido de ter sido expressamente escrito no art. 26, II que, para fins de isenção de carência, o segurado deveria ser acometido pela doença grave após a filiação, como está no texto legal, se fosse possível a ocorrência da doença grave (passível de isenção de carência) anterior com o agravamento posterior, como prevê o art. 59, §1º?

Pela mesma razão que a doença grave é isenta de carência é que não há que se falar em agravamento posterior dessa doença. Refere-se a uma enfermidade grave desde a sua gênese.

Por todo o exposto, é nítido concluir que se a doença grave já existia antes da filiação do segurado ao sistema de previdência, não há qualquer direito a isenção de carência.

No tocante à interpretação das normas ora apresentadas, uma questão muito importante deve ser apresentada à reflexão. A leitura da legislação previdenciária pelo viés assistencial prejudica o sistema contributivo do seguro social.

E não apenas isso. Por fim, pode ocorrer uma via transversa pela busca à assistência social. O que acaba por enfraquecer a luta pela busca aos direitos assistenciais no seu contexto próprio.

Deve-se compreender, portanto, que cada instituto do direito tem a sua aplicação dentro do seu sistema regente. A norma previdenciária pressupõe um sistema de precaução, previdência efetiva em relação a eventos futuros e incertos pelos seus beneficiários. Essa premissa é o que sustentará o regime e deve ser salvaguardada pelo Estado.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. Salvador: Juspodivm, 2014.

MANUAL TÉCNICO DE PERÍCIA MÉDICA. Disponível em: <<https://www.saudeocupacional.org/v2/wp-content/uploads/2018/03/Manual-Técnico-de-Perícia-Médica-2018.pdf>>. Acessado em: 10 de outubro de 2019

SITUAÇÃO DE DESEMPREGO PARA FINS
DE EXTENSÃO DO PERÍODO DE GRAÇA -
UMA REFLEXÃO SOBRE O §2º DO ARTIGO
15, DA LEI 8.213/91

*UNEMPLOYMENT SITUATION FOR THE EXTENSION
OF THE PERIOD OF GRACE - A REFLECTION ON 2ND
PARAGRAPH ARTICLE 15, OF LAW 8.213 / 91*

Clarice Alagasso

*Procuradora Federal. Atua na Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios por
Incapacidade do Paraná (ETR-BI/PR). Pós-Graduada em Direito Processual Civil,
Direito Público, Direito Constitucional e Direito Previdenciário.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da qualidade de segurado e carência; 2 Da manutenção da qualidade de segurado; 3 Do seguro-desemprego; 3.1 Do desemprego involuntário; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo enfrentar a questão da extensão do período de graça nos casos em que o segurado deve comprovar situações de desemprego. O foco central reside na abrangência do §2º, do artigo 15 da lei 8.213/91, fazendo menção sobre as decisões jurisprudenciais, em especial analisando os meios de prova no Juizado Especial Federal para se comprovar o desemprego involuntário, bem como o alcance da regra. Ao final, faz-se uma reflexão sobre o tema, abordando a questão da fragilidade das declarações de terceiros para se comprovar o desemprego involuntário, bem como a assertiva da TNU sobre o alcance da proteção social somente àqueles desempregados involuntariamente.

PALAVRA-CHAVE: Segurado. Manutenção. Período de Graça. Desemprego. Meios de Prova. Jurisprudência

ABSTRACT: This article aims to address the issue of the length of grace period in cases where the insured must prove unemployment. The central focus is on the scope of paragraph 2 of article 15 of law 8.213/91, mentioning the jurisprudential decisions, in particular analyzing the evidence in the Federal Special Court to prove involuntary unemployment, as well as the scope of the rule. At the end, a reflection is made on the topic, addressing the issue of the fragility of third party statements to prove involuntary unemployment, as well as TNU's assertion about the scope of social protection only to those involuntarily unemployed.

KEYWORDS: Insured. Maintenance. Period of Grace. Unemployment. Means of Proof. Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a Previdência Social é organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Tem como objetivo proteger o segurado contra eventos como doença, invalidez, morte, idade avançada, a maternidade, a prisão, a infância, a velhice e a morte.

Contudo, mesmo nosso Regime Geral da Previdência Social sendo contributivo, em observância ao Princípio da Solidariedade, existem algumas situações elencadas no art. 15, da lei 8213/91 que dispõe sobre cobertura do seguro social em períodos a pessoa não exerce atividade remunerada, mas mantém a qualidade de segurado, intitulado período de graça.

Para o segurado obrigatório do RGPS o período de graça básico será de 12 meses após a cessação das contribuições previdenciárias. Será possível uma prorrogação de 12 meses, caso o segurado tenha pago mais de 120 contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

Poderá, ainda, ocorrer mais uma prorrogação de 12 meses para o segurado desempregado, merecendo especial atenção o §2º, do art. 15 da lei 8213/91, pois tem levantado importantes questões no âmbito da jurisprudência, que vão além do texto legal, sendo o objetivo do presente artigo a análise desses pontos.

A primeira delas são os meios de provas para se comprovar o desemprego involuntário, demonstrando a flexibilização da TNU quanto a exigência legal, fazendo uma análise sobre a fragilidade da declaração de terceiro admitida em juízo como meio de prova.

Adentra-se, na sequência, na questão do recebimento do seguro-desemprego, como meio de extensão do período de graça, fazendo uma abordagem sobre a natureza jurídica, bem como sobre a posição dos Tribunais quanto ao início do prazo para contagem do período de graça após o recebimento deste benefício.

Por fim, faz-se uma análise sobre o intenso debate dos Tribunais quanto a alcance do termo “segurado desempregado”, previsto no §2º, do art. 15 da lei 8213/91.

1 DA QUALIDADE DE SEGURADO E CARÊNCIA

No âmbito do RGPS, estão cobertos pelo sistema os segurados obrigatórios (exceto os servidores públicos efetivos e militares já vinculados

a regime próprio de Previdência Social) e os facultativos, bem como as pessoas que se enquadrem como seus dependentes.

Segundo o art. 11 da lei 8.213/91 são segurados obrigatórios do RGPS o empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, segurado especial e contribuinte individual.

Em atendimento ao Princípio da Universalidade de Cobertura, aqueles que não exercem atividade laborativa, poderão se filiar ao RGPS na condição de segurado facultativo.

A qualidade de segurado é adquirida com a filiação ao RGPS, que por sua vez ocorre com o exercício de atividade laborativa remunerada para os segurados obrigatórios, e pela inscrição e pagamento da contribuição previdenciária para os segurados facultativos.

O período de carência, consoante reza o artigo 24 da Lei 8.213/91, “*é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências.*”

Feitas essas premissas básicas, passa-se a análise das divergências jurisprudenciais quanto a interpretação do §2º art. 15 da lei 8.213/91.

2 DA MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO;

Pensando nas situações de vulnerabilidade social, a lei 8.213/91 traz em seu artigo 15 hipóteses em que o segurado poderá manter-se em período de graça, ou seja, são prazos em que o segurado mantém seus direitos perante à Previdência Social após deixar de contribuir.¹

Conforme bem assevera Frederico Amado (2019, p. 637):

É certo que a previdência social brasileira é contributiva, exigindo o pagamento das contribuições previdenciárias para ocorrência da manutenção e filiação. Contudo, em observância ao Princípio da Solidariedade, pedra fundamental do nosso regime previdenciário, não seria justo que após a cessação das contribuições a pessoa perdesse imediatamente a condição de segurada, deixando de estar coberta pelo seguro social, justamente no momento que enfrenta grandes

1 Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício, exceto do auxílio-acidente

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

dificuldades, em especial por não mais desenvolver atividade laborativa remunerada.

Merece especial atenção o §2º do art. 15, da lei 8.213/91, pois tem levantado importantes questões no âmbito jurisprudencial.

Assim dispõe o referido parágrafo:

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o *segurado desempregado*, desde que *comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social*.

A primeira insurgência é a comprovação da situação de desemprego somente pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

Inicialmente a Turma Nacional de Uniformização enfrentou o tema e entendeu que a previsão em lei não é taxativa, dando ensejo na edição da Súmula 27, dispondo que “ a ausência de registro em órgão do Ministério do Trabalho não impede a comprovação do desemprego por outros meios admitidos em Direito”.

O STJ aderiu ao entendimento da TNU ao admitir que a comprovação de desemprego seja feita por outros meios de prova além do registro em órgão trabalhista, mas entendeu que a ausência de anotação laboral na CTPS do segurado não é suficiente para comprovar a situação de desemprego, pois não afasta a possibilidade do exercício de atividade remunerada na informalidade.²

A TNU, com base no julgamento do STJ, interpretou a súmula 27 e passou a admitir que a falta de registro de vínculo empregatício em CTPS ou no CNIS não é suficiente para comprovação de desemprego, diante da possibilidade de trabalho informal.³

A decisão da TNU e do STJ é de grande relevância, pois o simples fato de a parte possuir CTPS desprovida de registro de vínculo empregatício não tem o condão de garantir a condição de desempregada. Atualmente, inúmeras são as pessoas que laboram sem contar com as garantias trabalhistas constitucionalmente instituídas, possuindo a carteira profissional completamente em branco, ou mesmo desenvolvendo atividade remunerada que depende de recolhimento de contribuição do próprio segurado, como no caso do contribuinte individual.

² Pet 7.115 – 3ª Seção do STJ – Julgamento em 10.03.2010.

³ PEDILEF 2007.71.95.016880-0 – Julgamento em 14.06.2011.

Por outro lado, no Paraná, o JEF vem admitindo que o autor apresente declarações de terceiros, com firmas reconhecidas em Cartório, a fim de comprovar a condição de desempregado.⁴

Essas declarações vão de encontro ao determinado pela TNU e STJ, pois são produzidas unilateralmente e fora do processo e que, diante da generalidade de seus termos e a confecção padronizada, não afastam a possibilidade do exercício de atividade remunerada na informalidade. Essas declarações não deveriam ser admitidas como meio de prova pelo Poder Judiciário.

Importante mencionar que a prova no processo civil visa trazer autenticidade aos fatos que estão sob julgamento, devendo ser produzida dentro dos limites impostos pela legislação ordinária e constitucional.

Conforme dispõe Tiago Marquesin:

A prova possui um papel fundamental no processo civil brasileiro, seja por ratificar um direito alegado, ou até mesmo por acelerar a prestação jurisdicional de acordo com a qualidade da prova produzida, pois por meio dela pode-se emitir um juízo de certeza ou um “juízo de probabilidade”.

Nas palavras do mestre Carnelutti, a prova em seu sentido jurídico consiste na demonstração da verdade formal dos fatos discutidos, mediante procedimentos determinados, ou seja, através de meios legítimos.

Toda prova possui como características o objeto (os fatos que desejam certificar), a finalidade (convicção sobre determinada alegação), o destinatário (o magistrado que julgará a causa) e os meios (espécies de provas para constatar o fato), podendo ser obtidas de acordo com a lei ou de forma ilícita.⁵

Sendo assim, considerando o direto interesse da parte autora em ter o período de graça prorrogado, deixar a prova totalmente “em suas mãos”, seria fazer da Justiça Federal mera instância legitimadora de uma concessão previdenciária sem real aferição da presença de requisito que possa justamente ensejar prorrogação do período de graça.

4 RI – 3ª TR/PR – 5037181.25.2015.4.04.7000 – Rel. Eivaldo Ribeiro dos Santos – julg. 19/07/2017

5 TIAGO MARQUESIN. *As espécies de provas sob a ótica do Novo CPC (Processo Civil)*. Artigo jurídico – DireitoNet. Disponível em < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10378/As-especies-de-provas-sob-a-otica-do-Novo-CPC> >. Acesso em: 15 out. 2019.

3 DO SEGURO-DESEMPREGO

Outra maneira corriqueira de se comprovar o desemprego para extensão do período de graça é pelo recebimento do seguro-desemprego.

A natureza jurídica do seguro-desemprego é previdenciária e a prorrogação do período de graça nesse caso não se dá em razão desse reconhecimento pela TNU (o que permitiria a prorrogação nos termos do inciso I do art. 15), mas, sim, como comprovação de que o segurado permaneceu desempregado após o último vínculo empregatício. Ou seja, o prazo começa a correr do último vínculo contributivo e não do término do seguro-desemprego.⁶⁷

Em que pese o entendimento da TNU sobre o início da contagem do prazo quando há recebimento de seguro-desemprego, há entendimentos contrários, permitindo que o período de graça seja contado após o recebimento da última parcela do seguro-desemprego.⁸

Certamente o precedente da TNU é o mais coerente, pois interpretação contrária representaria cumulação não prevista em lei, considerando que já existe previsão de prorrogação em 12 meses do período de graça pela demonstração de desemprego (art. 15, II da lei 8.213/91).

Importante sobre a questão do seguro-desemprego é o teor do Enunciado 189, do FONAJEF:

A percepção do seguro desemprego gera a presunção de desemprego involuntário para fins de extensão do período de graça nos termos do art. 15, §2º, da Lei 8.213/91.

Ainda, a própria instrução normativa 77 do INSS prevê o recebimento de seguro-desemprego como prova suficiente para a prorrogação da qualidade de segurado por 24 meses.⁹

6 TRF4, AC 5001706-27.2018.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator LUIZ FERNANDO WOVK PENTEADO, juntado aos autos em 09/10/2018

7 PEDILEF 00011987420114019360, JUÍZA FEDERAL ANA BEATRIZ VIEIRA DA LUZ PALUMBO, TNU, DOU de 31/05/2013

8 TRF5, AC – 563969 – julgamento em 13/06/2014

9 Art. 137. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuição:

[...]

§ 4º O segurado desempregado do RGPS terá o prazo do inciso II do caput ou do § 1º deste artigo acrescido de doze meses, desde que comprovada esta situação por registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, podendo comprovar tal condição, dentre outras formas:

I - comprovação do recebimento do seguro-desemprego; ou

II - inscrição cadastral no Sistema Nacional de Emprego - SINE, órgão responsável pela política de emprego nos Estados da federação.

[...]

No âmbito da Procuradora Federal, em especial aqueles que atuam com benefícios por incapacidade, a análise no site do MTE (Ministério de Trabalho e Emprego) demonstrando o recebimento do seguro-desemprego pelo autor, equivale a aplicação imediata do art. 15, §2º, da lei 8.213/91, o que por certo traz uma resposta jurisdicional mais célere e eficaz, pois enseja na realização imediata de acordo, caso a extensão possibilite a comprovação da qualidade de segurado e carência no momento que iniciou a incapacidade.

4 DO DESEMPREGO INVOLUNTÁRIO

Outra questão de intenso debate no âmbito dos Tribunais é a necessidade ou não de que o desemprego seja involuntário.

Segundo o art. 201, III da CF, a previdência social assegurará a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário.

A interpretação do §2º, do art. 15 da Lei 8.213/91, portanto, deve ser dar à luz do que determina a Constituição Federal, ou seja, a extensão do período de graça por motivo de desemprego deve ser a que ocorre involuntariamente.

Esse inclusive é o entendimento da TNU:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. SITUAÇÃO DE DESEMPREGO VOLUNTÁRIO. EXTENSÃO DO PERÍODO DE GRAÇA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO CONTRÁRIO À JURISPRUDENCIA TNU. INCIDENTE CONHECIDO E PROVIDO.

1. [...] 2. Argumenta o recorrente que a decisão de origem contraria o entendimento da TNU esposado no julgamento do PEDILEF 200972550043947, Rel. Juíza Federal Vanessa Vieira Mello, DJ 27/6/2012, segundo o qual a extensão do período de graça por 12 (doze) meses para fins de manutenção do qualidade de segurado somente seria cabível se configurada a situação de desemprego involuntário.

3. [...] 6.3 *À luz do regramento constitucional acima, a interpretação que melhor se coaduna com a finalidade da norma é aquela segundo a qual apenas o desemprego involuntário está apto a receber a proteção especial deferida pela legislação previdenciária.* [...] 6.5. Ademais, considerando a nítida feição social do direito previdenciário cujo escopo maior é albergar as situações de contingência que podem atingir o trabalhador durante sua vida, não é razoável deferir proteção especial àqueles que voluntariamente se colocam em situação de desemprego. No desemprego voluntário não há risco social. O risco é individual e deliberadamente aceito pelo sujeito. 6.6.

[...] 6.7. *Ressalte-se que não se trata de criar restrição ao comando legal. Cuida-se, em verdade, de adequar a norma legal ao comando constitucional, interpretando-o em conformidade com os princípios informadores do Direito Previdenciário, dentre eles a proteção ao hipossuficiente e a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.* 6.7. [...]. 7. Ante o exposto, voto por conhecer e dar provimento ao presente incidente de uniformização, reafirmando o entendimento desta TNU de que a prorrogação do período de graça prevista no §2º do art. 15 da Lei 8.213/91 somente se aplica às hipóteses de desemprego involuntário (PEDILEF 200972550043947, JUÍZA FEDERAL VANESSA VIEIRA DE MELLO, TNU, DOU 06/07/2012). É como voto.

Ainda:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. DESEMPREGO VOLUNTÁRIO. EXTENSÃO DO PERÍODO DE GRAÇA. ART. 15, § 2º, DA LEI N. 8.213/91. NÃO APLICABILIDADE. 1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil/73, na medida que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos. 2. A Previdência Social tem por finalidade o amparo ao beneficiário que, mediante fatos da vida, por vezes alheios à sua vontade, venha a experimentar situações que respaldem o direito à obtenção dos chamados benefícios previdenciários. 3. Ao traçar os objetivos da Previdência Social, o art. 1º da Lei n. 8.213/91 enumera as circunstâncias capazes de ensejar a cobertura previdenciária e, dentre elas, está expressamente descrita a situação de desemprego involuntário. 4. *Nada obstante o § 2º do art. 15 da Lei n. 8.213/91 não seja categórico quanto à sua incidência apenas na hipótese de desemprego involuntário, em uma interpretação sistemática das normas previdenciárias é de se concluir que, tendo o rompimento do vínculo laboral ocorrido por ato voluntário do trabalhador, sua qualidade de segurado será mantida apenas nos doze primeiros meses após o desemprego, a teor do art. 15, II, da Lei n. 8.213/91, sem a prorrogação de que trata o § 2º do mesmo artigo* 5. Recurso especial improvido.

(STJ - REsp: 1367113 SC 2013/0031542-0, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 21/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/08/2018)

Em que pese a decisão da TNU sobre a prorrogação do período de graça prevista no §2º do art. 15 da lei 8.213/91, somente para desemprego involuntário, a doutrina se inclina no sentido de admitir a referida extensão para todos os segurados obrigatórios (empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e o segurado especial), com exceção do segurado facultativo. Há, inclusive, precedente da TNU estendendo a referida prorrogação ao contribuinte individual, embora essa categoria de trabalhador não se enquadre no conceito de desempregado, sendo que a prova precisa estar focada na falta de trabalho, falta de demanda, oportunidades, que levaram à situação equiparada ao desemprego.¹⁰

Na mesma linha, Frederico Amado (2019, PG. 641) ressalta que “o artigo 15, §2º, da lei 8.213/91, se refere apenas a ‘segurado desempregado’, não exigindo que o desemprego seja involuntário para fins de prorrogação em 12 meses do período de graça”.

No mesmo sentido, José Antonio Savaris (2007, PG 350) dispõe que:

não aparenta ser o melhor caminho aquele que restringe a ampliação do período de graça ao segurado empregado (o doméstico, inclusive), sob o entendimento de que somente estas classes de segurado poderiam assumir a condição de desempregado.

Não obstante, a interpretação mais acertada sobre o tema é a que dispõe que a proteção social recai sobre o desemprego involuntário e não seria razoável estender tal proteção àqueles que voluntariamente se colocam em situação de desemprego, conforme decidiu a TNU e o STJ e vem sendo corroborada pelos Tribunais no país. Também não deveria incluir aqueles que nunca sequer procuraram emprego, pois são trabalhadores autônomos.

Assim, considerando a nítida função social do direito previdenciário, há que se ressaltar que a norma do artigo 15, § 2º, da Lei 8.213/91, que prorroga por até 36 meses o período de graça, é regra extraordinária e deve ser aplicada em situações imprevisíveis.

5 CONCLUSÃO

Em que pese a redação do §2º do art. 15 da lei 8.213/91 apresentar, em primeiro momento, maior simplicidade, conforme demonstrado acima, no âmbito dos Tribunais tem levantado importantes discussões.

¹⁰ TNU - PEDILEF: 05009466520144058400, Relator: JUIZ FEDERAL FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER, Data de Julgamento: 21/10/2015, Data de Publicação: 03/06/2016)

Questão tormentosa são os meios de prova para se comprovar o desemprego involuntário. Segundo o IBGE o número de empregados sem carteira assinada atingiu 11,7 milhões no trimestre encerrado em julho, enquanto os trabalhadores por conta própria chegaram a 24,2 milhões.¹¹

Veja, atualmente, inúmeras são as pessoas que laboram no mercado informal e essa é a razão que levou a TNU e o STJ a decidirem que pelo simples fato da ausência de registro na CTPS ou CNIS não é suficiente para comprovação de desemprego, diante da possibilidade de trabalho na informalidade.

Por outro lado, as declarações de terceiros deveriam ser afastadas como meio de prova válido pelo Poder Judiciário. Essas declarações são produzidas unilateralmente, fora do processo e não estão sujeitas ao contraditório. Os termos são genéricos e a confecção padronizada, não servindo como prova de fato válida pelas regras de processo civil. Além de tudo, não afastam a possibilidade de ter existido o exercício de atividade remunerada na informalidade.

Deve-se sempre ter em mente que o §2º do art. 15 da lei 8.213/91 é regra extraordinária, que deve ser aplicada somente em casos imprevisíveis, por isso a importância da qualidade da prova, a fim de que a pessoa possa ser beneficiada com a extensão do período de graça quando realmente fizer jus.

Quanto ao alcance do termo “segurado desempregado” previsto no §2º do art. 15 da lei 8.213/91, em que pese os que defendem que a norma não exige que o desemprego seja involuntário, há que se ressaltar que no desemprego voluntário não há risco social, pois, a situação foi provocada pela própria parte.

Não basta a situação de desemprego para a proteção estatal, uma vez que a própria Constituição Federal determina que somente o desemprego involuntário será considerado risco social protegido pelo Estado.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SAVARIS, José Antônio. Alguns aspectos sobre a qualidade de segurado como pressuposto da concessão de pensão por morte no regime geral da previdência social. In: LAZZARI, João Batista; LUGON, João Carlos de Castro (Coord.). *Curso modular de direito previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

MARQUESIN, Tiago. *As espécies de provas sob a ótica do Novo CPC (Processo Civil)*. Artigo jurídico – DireitoNet. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/126-milhoes-de-pessoas-em-julho>>.

¹¹ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/desemprego-cai-para-118-e-atinge-126-milhoes-de-pessoas-em-julho.shtml>>.

com.br/artigos/exibir/10378/As-especies-de-provas-sob-a-otica-do-Novo-CPC.>
Acesso em: 15 out. 2019.

GARCIA, Diego. *Desemprego recua com recorde de trabalho informal*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/desemprego-cai-para-118-e-atinge-126-milhoes-de-pessoas-em-julho.shtml>> Acesso em: 15 out. 2019.

EMPAREDAMENTO E O FILME “EU, DANIEL BLAKE”: DILEMAS DO SEGURADO EMPREGADO QUE BUSCA UM BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE

WALLING AND THE MOVIE “I, DANIEL BLAKE”: DILEMMAS OF THE INSURED EMPLOYEE LOOKING FOR AN INCAPABILITY BENEFIT

Clarissa Teixeira Paiva

*Especialista em Direito Constitucional, Procuradora Federal, atua na Equipe de
Trabalho Remoto em Benefícios por Incapacidade do Paraná (ETR-BI/PR)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Requisitos para concessão de auxílio-doença; 2 Emparedamento ou limbo previdenciário; 2.1 Repercussões previdenciárias da suspensão do contrato de trabalho para tratamento de saúde; 2.2 Responsabilidade trabalhista do emparedamento; 3 Distinguishing da Súmula 72 da TNU; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa a situação do emparedamento ou limbo previdenciário a partir do caso retratado no filme “Eu, Daniel Blake”. O segurado empregado que se afasta para tratamento, mas não consegue um benefício por incapacidade do INSS pode ser impedido de retornar ao trabalho e perde os seus direitos e cobertura previdenciária. O estudo se desenrola considerando a aplicação do direito brasileiro e as alternativas que teria o personagem, com base nas regras previdenciárias e trabalhistas para não ficar emparedado. Também é tratada a situação inversa, que é a prevista na Súmula 72, a qual merece um *distinguishing* na sua aplicação. Assim, o que se conclui é que Daniel Blake estaria mais bem amparado pela legislação e pela jurisprudência se fosse um trabalhador empregado no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Incapacidade. Remuneração. Afastamento do trabalho. Benefício Previdenciário.

ABSTRACT: This article analyzes the situation of walling or social limbo from the case portrayed in the movie “I, Daniel Blake”. An insured employee who leaves for treatment but fails to receive an INSS disability benefit may be prevented from returning to work and loses his rights and social security coverage. The study takes place considering the application of Brazilian law and the alternatives that would have the character, based on social security and labor rules not to be walled. The reverse situation is also addressed, which is that provided for in Precedent 72, which deserves a *distinguishing* in its application. Thus, the conclusion is that Daniel Blake would be better supported by legislation and precedents if he were a worker employed in Brazil.

KEYWORDS: Incapability. Income. Absence from Work. Social Security Benefit.

INTRODUÇÃO

O filme conta a história de Daniel Blake, um trabalhador que mora em Manchester, no noroeste da Inglaterra. A cidade é um centro industrial importante para o país e, por consequência, emprega muitos operários.

O filme faz uma crítica social ao retratar a falência das instituições públicas na Inglaterra, que privatiza o órgão de previdência e assistência social, o equivalente ao INSS no Brasil.

Daniel Blake é o homem médio inglês. É um trabalhador braçal, marceneiro e analfabeto digital que se vê diante de um emaranhado burocrático quando precisa da seguridade social. O começo do filme já impõe o tom de indignação da história e situa o espectador no drama vivido pelo protagonista.

Após sofrer um ataque cardíaco, Daniel Blake fica afastado do trabalho para tratamento. Ele entra com requerimento de auxílio-doença e passa por uma entrevista em que precisa responder objetivamente a perguntas genéricas, nada relacionadas especificamente ao seu quadro de saúde. Ele sequer chega a ser examinado por um médico perito. Posteriormente o pedido é indeferido, porque não atingiu a pontuação mínima exigida pelo órgão concessor.

Ao mesmo tempo que o benefício é negado, o seu médico assistente o proíbe de retornar ao trabalho até que seja concluída a sua reabilitação, que exige afastamento de atividades mais intensas.

Daniel Blake acaba ficando sem renda e é aconselhado a pedir seguro desemprego. Essa não seria, tecnicamente, a decisão mais correta para o caso e, em certo ponto, o próprio personagem reconhece isso, mas percebe que não tem muita escolha. Ele não está trabalhando porque está incapacitado, não porque está desempregado. Daniel trabalhava antes do ataque cardíaco, mas na Inglaterra a relação trabalhista é mais frágil, não existindo estabilidade no emprego mesmo para quem se afastar por motivo de doença.

Nesse ponto, há o que se chama de emparedamento ou limbo previdenciário. Daniel Blake não pode trabalhar porque está doente e, mesmo afastado do trabalho, não tem reconhecido o seu direito ao auxílio-doença.

Embora a realidade da Inglaterra seja diferente do Brasil no que diz respeito a direitos trabalhistas e previdenciários, cabe a análise no contexto geral do tema, porque o protagonista acaba sofrendo as consequências do emparedamento ao ficar sem remuneração e sem benefício.

Se morasse no Brasil, Daniel Blake teria direito a uma perícia médica tanto para a concessão, quanto para a prorrogação do benefício. Com isso,

parte do problema estaria eliminada. No caso de parecer contrário da perícia administrativa, ele ainda poderia entrar com uma ação no Juizado Especial Federal (JEF) contra o INSS.

Ademais, no Brasil, o emparedamento é um problema que também tem repercussões trabalhistas. Questiona-se se o empregador não seria responsável pelo pagamento do salário ou das contribuições previdenciárias durante o emparedamento, ou ainda, se existiria obrigação de aceitar o retorno do empregado às suas funções.

Então, tendo como pano de fundo o Drama sofrido por Daniel Blake, este artigo irá fazer uma análise jurídica do emparedamento, explicando as repercussões previdenciárias e trabalhistas do afastamento do trabalho, como um requisito para a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Também será tratada a súmula 72 da TNU que dá solução à situação oposta ao emparedamento.

1 OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA

O auxílio-doença está previsto nos artigos 59 a 63 da Lei 8.213/91 e será concedido ao segurado incapacitado temporariamente para o trabalho (a partir do 16º dia de afastamento) ou atividade habitual. Ainda, o art. 25 prevê um prazo de carência de 12 contribuições mensais, exceto nos casos de incapacidade por acidente ou doença grave, em que se dispensa a carência.

Assim, em resumo, para que um trabalhador possa usufruir de um auxílio-doença, é preciso que ele possua: a) qualidade de segurado, ou seja, ele deve estar vinculado ao RGPS; b) carência de 12 meses de contribuição mensal, com exceção dos casos de acidente e doença grave, e; c) incapacidade temporária.

O art. 60 traz mais algumas considerações específicas quanto à concessão de auxílio-doença ao segurado empregado. Os primeiros 15 dias de afastamento são arcados pelo empregador, que tem obrigação de pagar o salário. Caso a incapacidade persista, o INSS poderá conceder o auxílio-doença partir do 16º dia. Para tanto, o segurado empregado deve requerer o benefício até 30 dias do afastamento, senão a concessão ocorrerá apenas a partir da data de entrada do requerimento (DER).

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º Quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio-doença será devido a contar da data da entrada do requerimento.

[...]

§ 3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

No caso dos segurados empregados, deve-se entender, a partir da redação do art. 60, que o afastamento do trabalho é um dos pressupostos à sua concessão. Afinal, se o segurado, mesmo doente, apresenta condições de desempenhar o seu labor, não há que se falar em incapacidade.

Por mais que essa regra pareça lógica, existem situações em que ela é questionada, o que motivou o posicionamento da jurisprudência diante da controvérsia, especialmente diante do dilema do emparedamento.

2 EMPAREDAMENTO OU LIMBO PREVIDENCIÁRIO

O segurado que é afastado do trabalho por doença, mas tem o direito ao benefício negado pelo INSS se vê na situação chamada de “emparedamento” ou limbo previdenciário. Isso porque o empregador não acha que o segurado tem condições de retornar ao trabalho, após passar por avaliação do médico do trabalho. Porém, do outro lado, o INSS entende que ele está apto.

Nessa situação, o segurado fica sem salário e sem benefício. Daí a expressão “emparedamento”: o trabalhador fica encurralado. O médico do trabalho e o perito do INSS divergem quanto às condições físicas do segurado. Aqui não se fala nem do médico assistente, porque este profissional faz uma análise focada no tratamento do seu paciente, sem focar repercussão da doença na atividade laborativa, o que se chama de análise profissiográfica.

No caso de Daniel Blake, ele é avaliado apenas por seu médico assistente, que afirma a necessidade de ele permanecer afastado do trabalho para a sua recuperação total. Não há uma negativa do empregador em recebe-lo de volta, tampouco o personagem pretende voltar ao trabalho antes de concluído o seu tratamento. Ele só se vê forçado a procurar emprego posteriormente para preencher um requisito do seguro desemprego. Porém, fica claro que a intenção do personagem não é de retornar ao trabalho, mas

sim seguir a orientação médica e completar o tratamento. De qualquer forma, o efeito prático é o mesmo, pois ele fica sem remuneração e sem benefício.

2.1 REPERCUSSÕES PREVIDENCIÁRIAS DA SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO PARA TRATAMENTO DE SAÚDE

Quando acontece o emparedamento, o trabalhador fica afastado do trabalho para tratamento de saúde. Nesse momento, o contrato de trabalho fica suspenso e os direitos trabalhistas preservados. Porém, a cobertura previdenciária do empregado não segue a mesma sorte.

De acordo com o art. 15, II, da Lei 8.213/91, a qualidade de segurado é mantida, independentemente de contribuições, por 12 meses após a cessação das contribuições. Deve-se destacar que o dispositivo ainda prevê que o mesmo prazo deve ser observado quando o segurado estiver suspenso ou licenciado sem remuneração:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

[...]

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

[...]

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

A mera existência de vínculo empregatício ativo não garante a manutenção da qualidade de segurado se o empregado não estiver trabalhando ou se o empregador não estiver recolhendo as contribuições. Quando o empregado se afasta do trabalho, mesmo que seja para tratamento de saúde, o contrato fica suspenso e a qualidade de segurado perante o INSS só é mantida por 12 meses a partir da data do afastamento.

Embora existam decisões no âmbito do JEF que entendam pela manutenção da qualidade de segurado quando contrato de trabalho está suspenso, esse entendimento contraria o art. 15, II, da Lei 8.213/91. Quanto a isso, a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região já se manifestou afirmando que a existência de vínculo em aberto não garante a manutenção da qualidade de segurado:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO CONTRA DECISÃO DE INADMISSÃO DO INCIDENTE REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO. DIVERGÊNCIA COMPROVADA. SUSPENSÃO CONTRATO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE MANUTENÇÃO QUALIDADE SEGURADO. AGRAVO PROVIDO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO PROVIDO.

1. A existência de vínculo empregatício em aberto no CNIS não garante, por si só, a manutenção da qualidade de segurado, se não houve a prestação de serviço e não foi tampouco comprovada a incapacidade contemporânea à manutenção da qualidade de segurado.
2. Agravo provido para fins de, admitido o pedido de uniformização, conhecer e dar-lhe provimento. (5004480-18.2014.4.04.7009, TRU 4ª REGIÃO, Rel. Leonardo Castanho Mendes, juntado aos autos em 05/06/2017)

Portanto, após 12 meses da suspensão do contrato de trabalho, ocorre a perda da qualidade de segurado, e dos direitos perante a Previdência Social, mesmo que o vínculo permaneça em aberto.

2.2 RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DO EMPAREDAMENTO

No filme, Daniel Blake não se depara com alternativas na esfera trabalhista. Quando vai visitar os amigos no trabalho, ele é perguntado se irá retornar, mas ele responde que vai depender, porque não há estabilidade. O filme, então, foca na questão previdenciária, pois a trabalhista não é um problema para o personagem. A situação de Daniel Blake se assemelha a de um contribuinte individual no Brasil.

Aqui, o emparedamento também tem repercussões na esfera trabalhista. Se o empregado fica mais de 15 dias afastado do trabalho, não recebe auxílio-doença e não retorna às suas funções, pode se caracterizar o abandono de emprego, que é justa causa para demissão.

No emparedamento, o empregado é proibido pelo empregador de retornar ao trabalho, normalmente apoiado em parecer do médico do

trabalho da empresa. O emparedamento, tecnicamente, só ocorre quando o empregado não tem saída.

Em tese, o empregador é obrigado a aceitar o retorno do trabalhador após a negativa do INSS. Quando isso não acontece, uma opção para o trabalhador emparedado é mover uma ação de Recondução na Justiça do Trabalho. A empresa em momento algum pode impedir o trabalhador de retornar ao seu posto, pois a alta médica do INSS goza de presunção de veracidade, por ser um ato com múnus público.

Nessa linha, a 5ª Turma do TRT/MG¹ já decidiu que o empregador tem responsabilidade pelo contrato de trabalho que mantém com o empregado. Se este recebe alta do INSS, deve receber salário e ter as contribuições previdenciárias recolhidas. O relator ainda destaca:

O que não se pode admitir é que a reclamante não receba salários para prover o seu sustento e, ao mesmo tempo, fique atrelada a um contrato de trabalho cujo empregador lhe recuse trabalho, sem receber nem mesmo parcelas rescisórias

A dificuldade não se limita apenas à perda da renda pelo trabalhador. O problema se estende a longo prazo com a cessação do pagamento das contribuições pelo empregador. Isso porque, como visto acima, a qualidade de segurado é mantida por 12 meses após o recolhimento da última contribuição (período de graça), regra válida também para quem estiver com o contrato de trabalho suspenso. Então, sem recolher e sem receber benefício, o segurado assim permanece por apenas 12 meses. Passado esse prazo, ele perde a cobertura da Previdência.

Não são raras as vezes em que o trabalhador não retorna ou é impedido de retornar ao trabalho, mas sofre um agravamento posterior da sua doença. Com isso, o INSS acaba reconhecendo a incapacidade, mas fixa uma data de início (DII) quando já encerrado o período de graça. Então, o benefício é mais uma vez indeferido, mas pela perda da qualidade de segurado.

Nesse ponto, é possível sentir o drama pelo qual passam vários trabalhadores empregados, que parecem andar em círculos e acabam desamparados.

Consciente disso, a Justiça Federal, no âmbito dos Juizados Especiais, tenta oferecer algum tipo de solução a esse impasse através de interpretações mais flexíveis e ampliativas do direito previdenciário. É daí que se atribui equivocadamente a qualidade de segurado a quem está com o contrato de

1 Processo: 0000475-44.2011.5.03.013

trabalho suspenso, ou se estende o período de graça por desemprego a quem tecnicamente ainda está empregado.

Claramente, não se trata de uma questão previdenciária, mas sim trabalhista. O fato de o segurado ter sido proibido de retornar ao trabalho ou de ter ficado sem o recolhimento de suas contribuições é uma culpa que se deve atribuir ao empregador. Não pode o INSS ser responsável por suprimir essa lacuna, salvando todos os trabalhadores emparedados.

Naturalmente, nos casos em que há discordância médica quanto à aptidão do segurado ao trabalho, a perícia médica judicial pode oferecer uma segunda opinião. E quando o segurado é considerado incapaz, a decisão administrativa é reformada e o benefício concedido. Porém, quando há concordância quanto à capacidade para o trabalho e o empregado ficou descoberto, emparedado, o direito previdenciário não oferece remédio a esse tipo de situação, a não ser garantir a qualidade de segurado por 12 meses. Do contrário, a discussão sai do âmbito da Previdência Social e vai para a Assistência Social.

Também não há que se falar em Justiça Social nesses casos, que é o papel que a Justiça Federal tem entendido desempenhar. Uma coisa é reconhecer a injustiça da situação; outra coisa é atribuir a culpa à pessoa errada. Não cabe ao INSS ser responsabilizado por uma obrigação que o empregador deixou de cumprir.

3 A SÚMULA 72 DA TNU E O SEU DISTINGUISHING

No caso do emparedamento, o segurado recebe nada, fica totalmente desamparado, sem renda e sem benefício. Porém, por receio de isso aconteça, muitos empregados não se afastam do trabalho até terem certeza de que o auxílio-doença será concedido.

Para resolver esses casos, a Turma Nacional de Uniformização (TNU) editou a súmula 72, que traz a seguinte redação:

É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou.

Ao que parece, essa súmula tem sido mal interpretada e tem servido para que se aceite todo e qualquer caso de permanência no trabalho como fator não impeditivo da concessão de auxílio-doença. Nesse ponto, os juízes precisam fazer o *distinguishing* do entendimento da TNU na análise do caso concreto.

Então, se o laudo fala que o segurado estava incapaz, mas depois se verifica que ele continuava trabalhando, o juiz nem se preocupa em apurar em que condições esse trabalho foi realizado. O auxílio-doença é concedido apoiado na súmula 72 da TNU.

O que falta observar é a realidade fática. A súmula da TNU não livra o juiz de realizar uma instrução completa, apurando as circunstâncias que motivaram a permanência no trabalho. A partir daí é possível descobrir que o segurado realiza função diversa, compatível com o tratamento; que houve adequação dos meios de trabalho; ou até auto-reabilitação. Ou seja, pode-se constatar que de fato não há impedimento para o trabalho, apesar da doença e do tratamento.

Em processo que tramitou no JEF, na 3ª Vara Federal de Cascavel-PR, houve esse tipo de questionamento², que foi levantado pela defesa do INSS. Na contestação, a autarquia impugnou o laudo em 3 pontos, que foram repetidos no recurso: a) O perito não fez uma análise profissiográfica correta; b) O autor retornou ao trabalho após a cessação do benefício e assim permaneceu por quase um ano, sem qualquer afastamento por motivo de saúde, até a concessão de tutela na sentença; c) o autor renovou a sua carteira de habilitação e para tal ato se mostrou apto, sem nenhum déficit motor. Assim, o INSS fez quesitos periciais complementares, para esclarecer essas questões, mas o juízo achou que não era necessário. A sentença julgou procedente o pedido para restabelecer a aposentadoria por invalidez que o autor recebia desde 2014. O INSS recorreu e a 3ª Turma Recursal do Paraná manteve a sentença.

Todo o esforço em tentar esclarecer o retorno do autor ao trabalho foi em vão, porque o juiz entendeu que não seria relevante ter a análise profissiográfica correta do autor, nem em que condições ele retornou ao trabalho ou se houve adaptação de função. Tudo isso porque o laudo pericial atestava a incapacidade total para o trabalho.

Então, a jurisprudência não vê o afastamento do trabalho como uma condição para a concessão de benefício por incapacidade. A regra tem sido a presunção de que o trabalho concomitante à incapacidade ocorre por necessidade ou “a duras penas”. Tal condição não se pode presumir, nem mesmo diante do que afirma a súmula 72 da TNU.

Na realidade, a súmula 72 é o inverso do emparedamento. Nesse caso, o segurado recebe tudo, salário e benefício concomitantemente. Se o limbo previdenciário parece absurdo, esse entendimento jurisprudencial também não faz justiça ao INSS.

² Autos no. 5011163-44.2018.4.04.7005.

O benefício não pode ser tratado como uma conveniência ou complementação de renda, porque a lei prevê que ele deve ser concedido em substituição ao salário.

Antes da súmula 72 da TNU, é possível encontrar com frequência julgados de turmas recursais³ que não reconhecem o direito ao recebimento do benefício no mesmo período em que houve remuneração. Embora o benefício fosse concedido pela constatação da incapacidade pela perícia médica, havia a determinação do desconto dos valores relativos às competências em que o segurado recebeu salário concomitantemente.

O fundamento é que o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez têm função substitutiva do salário. Aceitar o recebimento concomitante dos dois seria o mesmo que aceitar o enriquecimento sem causa do segurado ou atribuir caráter indenizatório ao benefício (apenas o auxílio-acidente tem essa natureza). Então, se a incapacidade restou comprovada apesar do trabalho no mesmo período, com sacrifício do segurado à sua própria saúde, o benefício seria devido, mas apenas a partir da data de afastamento ou com desconto dos períodos trabalhados.

Por outro lado, a jurisprudência da TNU que levou à elaboração da súmula 72 considera que o trabalho exercido pelo segurado em período de incapacidade decorre da necessidade de sobrevivência e que o desconto do benefício ofenderia o princípio da dignidade humana. Há julgados, inclusive, que afirmam que o segurado não pode ser punido pela falta de eficiência do INSS⁴. Logo, se o segurado volta ao trabalho até que a sua situação seja definida pelo Judiciário, o INSS não pode ser recompensado depois com o desconto dos valores atrasados em caso de concessão retroativa.

Depois de anos sem oferecer resistência à Súmula da TNU, a Procuradoria Federal, que representa o INSS em juízo, resolveu atacar a questão perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Com a obtenção de algumas decisões favoráveis nos julgamentos dos recursos especiais nº 1.650.032/SP e nº 1.587.730/SC, o tema foi finalmente afetado como tema repetitivo 1013, na sessão do dia 21 de maio de 2019:

RECURSOS ESPECIAIS REPRESENTATIVOS DE
CONTROVÉRSIA. RITO DOS ARTIGOS 1.036 E SEQUINTE DO
CPC/2015. RESP 1.786.590/SP E RESP 1.788.700/SP. ADMISSÃO.
CONTROVÉRSIA 63/STJ.

3 2ª Turma Recursal do Rio De Janeiro – Recurso inominado. Autos: 2008.51.67.001892-0/01 e; 2ª Turma Recursal do Paraná – Recurso Inominado. Autos n. 201070530035153.

4 TNU. PEDILEF 200972540067463. Relatora: Juíza Federal Simone Dos Santos Lemos Fernandes. DOU de 25/05/2012.

1. Admitida a afetação no âmbito da Controvérsia 63/STJ, mediante modificação da delimitação da tese controvertida para: “Possibilidade de recebimento de benefício por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) concedido judicialmente em período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do benefício”.

2. Recursos Especiais submetidos ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC.

Uma vez definida a tese pelo STJ, a TNU pode se ver forçada a cancelar a súmula 72 ou afetar o tema como representativo da controvérsia para fazer as adequações cabíveis. Isso seria necessário para evitar que apareçam divergências quanto à aplicação da tese no âmbito do JEF.

Recentemente, no dia 18 de setembro de 2019, a TNU afetou o tema 232 para definir se é possível o recebimento de seguro-desemprego e de auxílio-doença de forma concomitante:

Saber se é devido o recebimento, acumuladamente, dos valores alusivos a auxílio-doença e seguro-desemprego, nos casos em que o segurado trabalhou por necessidade de manutenção do próprio sustento, mesmo estando incapacitado, nos termos em que indicado na DII fixada pela perícia judicial.

Caso o STJ defina que não se pode acumular salário e benefício por incapacidade, o seguro-desemprego terá a mesma sorte. Talvez fosse mais sábio a TNU aguardar a definição do STJ antes de fixar mais uma tese.

4 CONCLUSÃO

Daniel Blake estaria certamente melhor amparado se morasse no Brasil. As alternativas que existem para escapar do emparedamento são maiores, tanto pelo direito trabalhista, quanto pelo previdenciário, com a ajuda da jurisprudência do JEF.

O caso retratado no filme teria grandes chances de ser resolvido se o personagem tivesse sido submetido a uma perícia médica. Daniel Blake tem o benefício indeferido apenas porque não atingiu determinado número de pontos no questionário. No INSS, todos os pedidos passam por análise médico pericial, inclusive os pedidos de prorrogação e reconsideração.

Embora a situação de Daniel Blake esteja mais próxima da de um contribuinte individual no Brasil, ele termina emparedado, sem benefício e sem remuneração. Ele não retorna ao trabalho por expressa proibição médica, mas tem o seu pedido de auxílio-doença indeferido e se vê diante de um dilema.

Quando o emparedamento envolve a relação de emprego, há repercussões na esfera trabalhista. Com a negativa do INSS, o contrato de trabalho não está mais suspenso e o segurado deve voltar ao trabalho. A sua ausência pode configurar abandono de emprego, que é justa causa para demissão. Por outro lado, o empregado que é impedido de retornar por decisão do empregador (amparada pelo médico do trabalho), deve tomar medidas para garantir seus direitos trabalhistas através de uma ação de recondução na Justiça do Trabalho, ao menos para garantir o recolhimento das contribuições até que se tenha uma definição relativa ao benefício.

O emparedamento, há longo prazo, pode ser ainda mais prejudicial ao empregado, porque a qualidade de segurado só se mantém por 12 meses após a suspensão do contrato de trabalho. Passado esse período de graça, se o empregado tem a doença agravada, ele perderá a cobertura previdenciária, mesmo com o contrato de trabalho em aberto.

Como forma de solucionar o dilema do emparedamento, o JEF apresenta soluções que não são tecnicamente corretas. Por meio de interpretações mais flexíveis e ampliativas da legislação previdenciária, procura-se preencher a lacuna trabalhista mantendo a qualidade de segurado a quem está com o contrato suspenso ou atribuindo condição de desempregado a quem ainda tem emprego. Ou seja, o empregador não atende às suas obrigações em garantir a estabilidade no emprego e o INSS é quem paga a conta.

O outro lado da moeda é o que prevê a súmula 72 da TNU. Quando o empregado volta ao trabalho, mas posteriormente tem a sua incapacidade reconhecida em data retroativa pela perícia judicial, ele acaba acumulando salário e benefício, amparado pelo que determinam essa súmula. Neste caso, o segurado tem o melhor dos mundos, porque vai ter a sua renda dobrada no período da incapacidade.

A lei de benefícios é clara ao afirmar que o auxílio-doença é devido a partir do 16º dia de afastamento, de onde se conclui pelo seu caráter substitutivo ao salário. É por isso que novas discussões levadas ao STJ culminaram na afetação do tema 1013 para que se defina se é possível acumular benefício por incapacidade e remuneração.

Também é importante destacar a necessidade de se fazer um *distinguishing* do que preceitua a súmula 72. É comum que ela seja usada como solução para casos em que a própria permanência do segurado no

trabalho já é um indicativo de que a incapacidade não se revela nos fatos. A súmula 72 não livra o juiz de buscar compreender a realidade fática do segurado empregado, o que inclui uma análise correta da profissiografia e de todas as circunstâncias que tornaram possível conciliar trabalho e tratamento. A doença pode ser incapacitante em tese, mas não na prática.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. v. 2, Salvador: Juspodivm, 2009.

GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. *Benefício por Incapacidade & Perícia Médica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

REDUÇÃO DA CAPACIDADE FUNCIONAL PÓR ACIDENTE E COBERTURA PREVIDENCIÁRIA: BREVE ANÁLISE CRÍTICA

*FUNCTIONAL CAPACITY REDUCTION BY ACCIDENT AND
SOCIAL SECURITY COVERAGE: BRIEF CRITICAL ANALYSIS.*

James Henrique Bertolo

*Procurador Federal integrante da Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios por
Incapacidade do Paraná (ETR-BI/PR)*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O papel da Advocacia-Geral da União na construção de um novo paradigma; 2. Do dimensionamento do risco social projetado pelo legislador no que concerne ao benefício de auxílio-acidente e o processo de verificação de sua ocorrência no caso concreto; 3. Estudo de caso; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: Este estudo tem como objeto a evolução do regramento básico relativo à possibilidade de acionamento da cobertura previdenciária em razão de eventual redução da capacidade funcional suportada pelo segurado do Regime Geral de Previdência Social em virtude de acidente desde a entrada em vigor da Lei nº 8.213/1991, bem como a participação da Advocacia-Geral da União no que diz respeito à alteração de determinados paradigmas quanto ao modo como ele passou a ser aplicado. Aborda-se, ainda, em relação a esse processo, aspectos importantes da atuação do Instituto Social do Seguro Social – INSS e do Poder Judiciário quanto ao correto dimensionamento do risco social projetado pelo legislador.

PALAVRAS-CHAVE: Redução da Capacidade Funcional. Cobertura Previdenciária. Lei nº 8.213/1991. Anexo III do Decreto nº 3.048/1999.

ABSTRACT: This study has as object the evolution of the basic rule regarding to the possibility of triggering the social security coverage due to the eventual reduction of the functional capacity supported by the insured of the Regime Geral de Previdência Social - RGPS due to accident since the entry into force of Law nº 8.213/1991, as well as the participation of the Advocacia-Geral da União with regard to changing certain paradigms concerned to how it came to be applied. In relation to this process, important aspects of the Instituto Nacional do Seguro Social - INSS and the Judiciary Power regarding the the correct dimensioning of the social risk projected by the legislator are also approached.

KEYWORDS: Functional Capacity Reduction. Social Security Coverage. Law nº 8.213/1991. Attachment III of the Decree nº 3.048/1999.

INTRODUÇÃO

O auxílio-acidente é espécie de benefício previdenciário prevista na Lei nº 8.213/1991 e que visava, originariamente, a indenizar o segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultasse sequela que implicasse: a) redução da capacidade laborativa que exigisse maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade, independentemente de reabilitação profissional; b) redução da capacidade laborativa que impedisse, 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 c) redução da capacidade laborativa que impedisse, 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 profissional¹.

O alcance da cobertura foi ampliado pela Lei nº 9.032/1995, que alterando o *caput* do artigo 86 da Lei nº 8.213/1991, a possibilidade de o segurado obter, como indenização, a concessão de auxílio-acidente quando houvesse a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza que implicassem a redução da capacidade laborativa.

Nova alteração foi realizada pela Lei nº 9.528/1997. A redação permanece, desde então, a mesma, e é a seguinte:

Art. 86. 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.

Em 6 de maio de 1999 entrou em vigor o atual Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/1999, que revogou o Decreto nº 2.172/1997 e vários outros atos infralegais que tratavam da matéria).

Já alinhado aos parâmetros da legislação ordinária no que diz respeito à ampliação da cobertura quanto ao aspecto acima referido, o Regulamento, em seu artigo 104, previa que o auxílio-acidente seria concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultasse sequela definitiva que implicasse: a) redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e se enquadre nas situações discriminadas no Anexo III; b) 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 c) impossibilidade de desempenho

1 De acordo com a redação original do artigo 86 da Lei nº 8.213/1991.

da atividade que exerciam à época do acidente, porém permitisse o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social².

O artigo 104 do Regulamento vige, atualmente, com modificações introduzidas pelo Decreto nº 4.729/2003. A exigência relativa à necessidade de enquadramento da seqüela em seu anexo III passou a ocupar o seu *caput*.

O regramento básico relativo ao benefício não foi alterado nos últimos quinze anos. O modo como ele é percebido e aplicado sofreu, entretanto, grandes transformações no decorrer do mesmo período.

1 O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA

A simples leitura do *caput* do artigo 86 da Lei nº 8.213/1991 e do *caput* do artigo 104 do Decreto nº 3.048/1999 permite concluir que as regras apresentam diferenças relevantes pelo menos sob o aspecto redacional.

Não é possível encontrar, afinal, na legislação ordinária, determinação que corresponda à literalidade da previsão expressa no Regulamento quanto ao ponto.

Admita-se ou não que a determinação contida no *caput* do artigo 104 extrapolaria os limites legítimos dentro dos quais o exercício do poder regulamentar há de ser exercido, é fato que a própria Administração Pública foi levada a internalizar, a partir de determinado momento, o entendimento segundo o qual o rol de situações discriminadas no anexo III do Regulamento não pode ser considerado taxativo, mas apenas exemplificativo.

Diante da existência de notável divergência sobre a questão, encaminhou-se consulta sobre a correta interpretação a ser dada pela Administração Previdenciária ao *caput* do artigo 86 da Lei nº 8.213/1991, e, em 29.05.2013, foi publicado o Parecer nº 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU, de responsabilidade da Advocacia-Geral da União (Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência

² A previsão nesse sentido representa ampliação do alcance da cobertura previdenciária quando se adota como referencial a legislação ordinária. Este estudo não se deterá, no entanto, na discussão da eventual possibilidade de o segurado fazer jus à concessão do benefício de auxílio-acidente por retornar ao mercado de trabalho através da exploração de seu potencial laborativo residual pelo INSS por meio do programa de reabilitação profissional. Interessa, assim, apenas, a hipótese em que o segurado reúne condições físicas de retornar ao exercício da atividade anterior depois da consolidação das lesões sofridas em acidente, portador de um dano a saúde capaz de lhe causar redução da capacidade funcional (e a eventual possibilidade de esse prejuízo funcional representar redução de sua capacidade laborativa).

Social, Coordenação-Geral de Direito Previdenciário – CGPRE), que contém a seguinte conclusão:

[...] (2) o rol do anexo III do RPS é meramente exemplificativo, de forma que o não enquadramento em alguma das situações do Anexo III, simplesmente, não pode ser obstáculo à concessão do auxílio-acidente, acaso a Perícia Médica do INSS verifique que o segurado, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, apresenta sequelas definitivas que impliquem efetiva redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. [...]

A Instrução Normativa INSS/PRES Nº 77, que estabelece rotinas para agilizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, reafirma, desde 21 de janeiro de 2015, em seu artigo 334, o caráter meramente exemplificativo do anexo III do RPS (ainda que a redação do *caput* do artigo 104 do Decreto nº 3.048/1999 não tenha sofrido qualquer alteração até o presente):

Art. 334. O auxílio-acidente será concedido, como indenização e condicionado à confirmação pela perícia médica do INSS, quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequela definitiva, discriminadas de forma exemplificativa no Anexo III do RPS, que implique:

[...]

Firmada a premissa de que não caberia, de antemão, estabelecer os parâmetros de alteração funcional que corresponderiam a um cenário de efetiva redução da capacidade laborativa do segurado, uma série de questões se apresenta em decorrência.

2 DO DIMENSIONAMENTO DO RISCO SOCIAL PROJETADO PELO LEGISLADOR NO QUE CONCERNE AO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-ACIDENTE E O PROCESSO DE VERIFICAÇÃO DE SUA OCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO

Como ressaltado na fundamentação do Parecer nº 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU, a relação do anexo III do Regulamento cuidava de hipóteses para as quais havia se estabelecido ser presumida a redução da capacidade do segurado para o trabalho que habitualmente exercia.

Assim, se ele apresentasse qualquer das sequelas listadas, a existência de efetivo prejuízo para o seu trabalho habitual era, segundo um juízo de valor previamente realizado, evidente, diante da sua presumível gravidade.

Se a gravidade presumida da sequela, afirmada pelo ato normativo, não seria parâmetro legítimo de aferição da efetiva redução da capacidade laborativa, qual o referencial a ser adotado?

Em 2010, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia firmado, ao julgar o Recurso Especial nº 1.108.298/SC de acordo com a sistemática do artigo 543-C da Lei nº 5.869/1973 (Tema 213), a seguinte tese:

Para a concessão de auxílio-acidente fundamentado na perda de audição (...), é necessário que a sequela seja ocasionada por acidente de trabalho e que acarrete uma diminuição efetiva e permanente da capacidade para a atividade que o segurado habitualmente exercia.

Pouco tempo depois, ao julgar o Recurso Especial nº 1.109.591/SC sob a mesma sistemática (Tema 416), o STJ firmou a seguinte tese:

Exige-se, para concessão do auxílio-acidente, a existência de lesão, decorrente de acidente do trabalho, que implique redução da capacidade para o labor habitualmente exercido. O nível do dano e, em consequência, o grau do maior esforço, não interferem na concessão do benefício, o qual será devido ainda que mínima a lesão.

Para que a concessão do benefício de auxílio-acidente seja possível, portanto, não importa o grau da redução da capacidade laborativa.

Não se pode exigir que a sequela seja grave a ponto de permitir, sempre, a afirmação de que a redução da capacidade laborativa é passível de ser presumida.

Por outro lado, o STJ também deixou claro que o ‘inverso’ é verdadeiro: não há alteração ou limitação funcional que, tomada isoladamente, possa ser considerada como causa de redução da capacidade laborativa. Por mais grave que pareça ser.

A ementa do RE nº 1.108.298/SC, refletindo o conteúdo do voto proferido pelo relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ressalta que a existência de um dano à saúde do segurado não é suficiente para justificar a concessão do benefício de auxílio-acidente:

[...]

1. Nos termos do art. 86, caput e § 4o. da Lei 8.213/91, para a concessão de auxílio-acidente fundamentado na perda de audição, como no caso,

é necessário que a seqüela seja ocasionada por acidente de trabalho e que acarrete uma *diminuição efetiva e permanente da capacidade para a atividade que o segurado habitualmente exercia*.

2. O auxílio-acidente visa indenizar e compensar o segurado que não possui plena capacidade de trabalho em razão do acidente sofrido, *não bastando, portanto, apenas a comprovação de um dano à saúde do segurado*, quando o comprometimento da sua capacidade laborativa não se mostre configurado.

3. No presente caso, *não tendo o segurado preenchido o requisito relativo ao efetivo decréscimo de capacidade para o trabalho que exercia, merece prosperar a pretensão do INSS para que seja julgado improcedente o pedido de concessão de auxílio-acidente*.

[...] (grifo nosso)

Quanto aos termos do RE nº 1.109.591/SC, mais elucidativa do que a leitura de sua ementa ou da descrição sumária da tese firmada é a consideração dos termos do voto proferido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que, recobrando a necessária e importante distinção efetuada na ocasião do julgamento do Tema 213, ressaltou que a existência do ‘dano’ ou da ‘lesão’, independentemente de seu nível ou grau, não equivale, por si só, a efetiva redução da capacidade laborativa do segurado:

[...]

Para uma melhor abordagem da questão, necessária se faz a análise do art. 104, § 4º e incisos, do Decreto nº 3.048/99, que, por sua vez, disciplina as hipóteses em que o mencionado auxílio não será concedido. São elas:

[...]

Em uma interpretação sistêmica dos citados diplomas legais, chega-se à conclusão de que *os danos funcionais ou a redução da capacidade funcional, por si só, não dão ensejo à concessão do benefício*.

Para tanto, é de mister relevância que, *antes de se perquirir o grau de lesão, necessário se faz evidenciar a real redução da capacidade laborativa*,

comprovação essa que ficará a cargo da prova técnica, produzida tanto na seara administrativa, quanto na judicial.

Restando patente tal ocorrência, o grau de redução, nos termos dos diplomas legais que regulamentam a espécie, em nada influenciará a concessão do benefício. (grifo nosso)

É preciso que fique claro, dessa forma, que, para fins de estabelecimento da efetiva existência da redução da capacidade laborativa, essa ‘redução da capacidade funcional’ deve ser necessariamente confrontada com o único referencial legítimo possível, que é, nos termos da jurisprudência do STJ, e, afinal, da própria literalidade do *caput* do artigo 86 da Lei nº 8.213/1991, o modo como o segurado exercia o seu trabalho antes do acidente.

A Turma Regional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, reafirmando tal conclusão, já decidiu, com elogiável precisão:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA REGIONAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. LESÃO MÍNIMA. A Turma Regional de Uniformização, uniformizou o entendimento de que *é necessário fazer o confronto entre a sequela, mesmo mínima, e a ocupação habitual, para verificar se houve diminuição da capacidade e, conseqüentemente, a necessidade de um maior esforço no desempenho das funções*, com a finalidade de verificar a existência ou não do direito afirmado.” (IUJEF nº 5007980-14.2013.404.7208/SC, Relator: Juíza Federal Ivanise Correa Rodrigues, Sessão de 16/06/2015) (grifo nosso)

Em outra oportunidade, a mesma Turma Regional evidenciou que o prejuízo funcional genérico, entendido, nesse sentido, como aquele que não se correlaciona diretamente com o trabalho, não é suficiente para justificar a concessão do benefício de auxílio-acidente:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL. PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO. AUXÍLIO-ACIDENTE. DIFERENÇA ENTRE REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA GENÉRICA E DA CAPACIDADE LABORATIVA ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA E DE DIVERGÊNCIA. PEDIDO NÃO CONHECIDO. 1. A ausência de similitude fático-jurídica e de divergência entre os acórdãos contrastados, impede o conhecimento do pedido de uniformização regional. 2. Caso em que o acórdão recorrido deixou de conceder auxílio-acidente entendendo

que haveria redução mínima da capacidade laborativa genérica, para atividades em geral, e não da capacidade laborativa específica, para a atividade laborativa habitual do segurado. Já os acórdãos invocados como paradigmas concederam auxílio-acidente diante da presença de redução da capacidade laborativa específica, para a atividade habitual dos segurados. 3. Pedido não conhecido. (5016739-06.2013.4.04.7001, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO, Relatora JACQUELINE MICHELS BILHALVA, juntado aos autos em 06/06/2017)

E o STJ vem reafirmando o mesmo entendimento de maneira reiterada, segundo revela um precedente recente:

[...] 4. O auxílio-acidente é concedido, nos termos do art. 86 da Lei 8.213/1991, ao Segurado, quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. [...] 6. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, com base no acervo fático-probatórios dos autos, julgaram improcedente o pedido de concessão de auxílio-acidente com base na conclusão de que as moléstias que acometem a Segurada não afetam a sua capacidade laboral, o que torna despicienda a análise de possível nexa causal. 7. Assim, ausentes os requisitos legais para a concessão do benefício, impossível acolher a pretensão autoral, uma vez que o *auxílio-acidente visa a indenizar e a compensar o Segurado que não possui plena capacidade de trabalho em razão do acidente sofrido, não bastando, portanto, apenas a comprovação de um dano à saúde do Segurado, quando o comprometimento da sua capacidade laborativa não se mostre configurado ou quando não houver qualquer relação com sua atividade laboral*. 8. Agravo Interno do Particular a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1407898/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2019, DJe 22/08/2019) (grifo nosso)

Mas não é incomum que a existência de uma circunstância seja tomada por outra sem qualquer questionamento ulterior, e que, desse modo, o dano à saúde que não repercute em qualquer medida sobre a capacidade específica de o segurado exercer o seu trabalho seja considerado suficiente para justificar a concessão do benefício em juízo.

E não é incomum, também, que, diante da eventual falta de clareza sobre os termos em que o segurado exercia o seu trabalho antes do acidente, haja confusão ou interpretação tendenciosa quanto ao ponto para fins de

juízo de sua pretensão (que, no final das contas, acaba por resultar, na prática, na desconsideração da profissiografia e no reconhecimento de que o dano, em si, é suficiente para justificar a concessão).

A própria necessidade de afetação de recursos repetitivos pelo STJ tratando da questão corrobora essa afirmação.

E se é certo que os desígnios do legislador, no que concerne à dimensão do risco social que deseja ver coberto, não podem ser contrastados (na forma ou por meio do Regulamento, ao menos), é preciso admitir, também, que a inexistência de parâmetros técnicos apriorísticos a servir como referencial para a valoração do dano sofrido pelo segurado não pode conduzir a uma atuação permissiva capaz de resultar na distorção desse mesmo risco social e da ampliação indevida do alcance da cobertura previdenciária projetada.

3 ESTUDO DE CASO

Oportuno, nesse passo, mencionar, a título de exemplo, os termos do julgamento proferido nos autos nº 5003783-44.2016.404.7003 de procedimento comum do juízo especial distribuído à 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Maringá/PR.

Trata-se de caso em que a Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios por Incapacidade/PR (ETR-BI/PR), que integra a estrutura da Procuradoria Federal no Estado do Paraná – PF/PR – AGU, realizou a defesa do INSS em juízo e no âmbito do qual se discutiu, abertamente, a necessidade de realização da devida diferenciação entre ‘redução da capacidade funcional’ (que, no caso, defendeu-se que era genérica, na acepção já tratada anteriormente) e ‘redução da capacidade laborativa’.

Conforme comprovado durante a instrução, a atividade desenvolvida pela segurada à época do acidente era a de secretária.

A perícia judicial afirmou que a ela estava apta para o trabalho habitual, mas sofreria de redução da sua capacidade laborativa em virtude da existência de seqüela resultante de acidente sofrido.

No campo ‘exame físico’, descreveu os elementos sobre os quais fundou seu parecer:

MEMBRO INFERIOR ESQUERDO, COM CICATRIZ DE APROXIMADAMENTE 30 CM NA ALTURA DA PERNA ESQUERDA ABAIXO DO JOELHO ESQUERDO ATÉ O TORNOZELO ESQUERDO, COM ÁREA DE FIBROSE LOCAL, REDUZINDO MODERADAMENTE A MOBILIDADE DA PERNA

E DO TORNOZELO ESQUERDO COM LIMITAÇÃO PARA FLEXÃO, SUPINAÇÃO E PRONAÇÃO DO MESMO.

Em resposta, a defesa do INSS (realizada pela ETR-BI/PR) assinalou que:

O perito, ao que parece, deixou de avaliar a efetiva ocupação da autora ao concluir pela existência de redução da capacidade laboral e *o laudo não explica de que maneira a autora demanda maiores esforços atualmente para exercer sua função de secretária em razão de fratura na perna*.

Assim, torna-se imprescindível que o perito seja instado a esclarecer *qual é precisamente a redução da capacidade laboral que a autora – SECRETÁRIA – em razão do acidente sofrido, destacando em que consiste a maior dificuldade para o exercício da mesma função*.

Na sequência, veio a sentença, por meio da qual se condenou o INSS a conceder benefício de auxílio-acidente desde a data imediatamente posterior à cessação do benefício de auxílio-doença anteriormente titularizado pela parte autora.

A fundamentação da sentença foi integrada pela a transcrição do laudo pericial judicial e pelo seguinte trecho:

Verifica-se, portanto, que a conclusão pericial foi no sentido de que as lesões decorrentes do acidente estão consolidadas e geraram sequelas que causam necessidade de maior esforço ou redução da capacidade para o trabalho que a parte autora habitualmente exercia (ao tempo do acidente), em grau moderado ou superior.

Não há controvérsia quanto à qualidade de segurada da parte autora, conforme se observa pelo histórico contributivo (evento 14). A carência é dispensada, em observância ao artigo 26, inciso I, da Lei 8.213/91. Outrossim, a parte autora esteve em gozo de auxílio-doença de 26/05/2010 a 20/03/2012.

Existindo inquestionável redução da capacidade laboral da parte autora, mas sendo ela apta para o desempenho de trabalhos que já desenvolveu antes, impõe-se, no caso, a concessão do auxílio-acidente desde a cessação do último auxílio-doença, ou seja, desde o dia 21/03/2012.

Sendo esse o panorama, considero satisfeitos os requisitos necessários à concessão do benefício postulado, impondo-se a procedência do pedido.

Considerada a existência de clara omissão quanto aos termos da defesa, foram opostos embargos de declaração. As razões recursais consistiram na reafirmação de que ‘a contestação não discute o grau da limitação, mas a sua relação com a atividade desenvolvida à época do acidente’, e que ‘não há clareza sobre como tal limitação afetaria a parte autora no desempenho de sua atividade de secretária/telefonista, que é desenvolvida sentada’, questões não abordadas sequer de maneira indireta na sentença.

O juízo, em resposta, reafirmou a sua crença na precedência técnica de que gozaria o exame pericial judicial.

Mas, diante da insistência sobre a necessidade de pronunciamento judicial direto sobre os termos da defesa, permitiu-se acrescentar:

Ora, seja como secretária ou telefonista, ainda que trabalhe sentada, há NOTÓRIA dificuldade de flexionar o membro inferior esquerdo e de posicioná-lo em situação confortável durante o expediente em sua atividade laboral.

Interposto recurso inominado fundado nas mesmas razões, não foi possível, infelizmente, reverter a condenação.

A fundamentação do voto condutor proferido na ocasião do julgamento pelo órgão colegiado registra:

Verifico que a enfermidade a qual motivou a concessão de benefício de auxílio-doença à parte Autora foi decorrente de acidente de trânsito em 26/05/2010, a qual se enquadra na definição de acidente de qualquer natureza definido pela legislação.

O perito judicial, ao ser questionado sobre possíveis restrições (evento 31) afirmou que: ‘A AUTORA APRESENTA SEQUELAS DE FRATURA DO MEMBRO INFERIOR ESQUERDO, COM DOENÇA ESTABILIZADA, SEM INCAPACIDADE LABORAL PARA AS ATIVIDADES DA AUTORA.’

Ainda, o perito informou que: ‘- Apto, mas com sequela de acidente. Reduz capacidade para atividade habitual a partir de: 26/05/2010.’

Por fim, anoto a conclusão do perito: ‘As lesões geraram sequelas definitivas que causam necessidade de maior esforço ou redução da

capacidade para o trabalho que a parte autora habitualmente exercia (ao tempo do acidente) em grau MODERADO OU SUPERIOR;’

Assim, ficou comprovada a redução da capacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, exercida pela autora, por ocasião do acidente.

Desse modo, tenho que a requerente faz jus ao benefício de auxílio-acidente, uma vez que cumpriu os requisitos legais para a concessão do benefício, devendo a sentença ser mantida.

Parece difícil negar que, nesse caso, o dano físico (e a eventual impressão da perícia sobre as queixas apresentadas pela segurada em relação ao mesmo) foi considerado, de maneira isolada, como fator capaz de justificar a concessão do benefício.

Pois é difícil, também, estabelecer qualquer tipo de correlação direta entre o trabalho desenvolvido pela segurada e a redução da capacidade funcional (que, no caso, pode ser considerada ‘genérica’, nos termos do julgamento proferido pela TRU4 anteriormente mencionado).

No exercício do trabalho como secretária, não se exige, ordinariamente, a realização de esforços ou que se suporte alguma carga com o membro afetado. Não se exige, também, mobilização ou movimentação ampla e frequente do mesmo membro. Não há necessidade de deambulação longa e frequente e nem se exige que se permaneça longos períodos em pé.

Trata-se, em suma, de trabalho que permite que a segurada, durante o seu exercício, mantenha o membro afetado em repouso. Ou, pelo menos, num nível de exigência funcional baixíssimo.

Se há, aqui, alguma interferência causada pela existência da seqüela, ela não decorre do exercício do trabalho em si e sobre ele não causa nenhuma repercussão direta. É, conforme apontado anteriormente, ‘genérica’.

E é nesse passo que se afirma, com segurança, que a conclusão exposta pela perícia não poderia ser acolhida pelo julgador em sua literalidade.

Não se deseja discorrer longamente neste trabalho sobre a função fiscalizadora que deve ser exercida pelo julgador quanto aos termos da atividade pericial.

Não sob o prisma da técnica médica, evidentemente (pois a perícia judicial é realizada por profissional dotado de conhecimento científico específico justamente para preencher essa lacuna). Mas impõe-se a estrita necessidade de o julgador buscar, sempre, preservar o equilíbrio da relação processual ao corrigir os excessos e suprir as deficiências do laudo, sob pena de inviabilizar, absolutamente, o exercício da ampla defesa.

Descrita a sequela e o modo como ela resultaria em eventual prejuízo funcional em termos médico-periciais, cabe ao julgador, e apenas ao julgador, levar em conta todas as demais variáveis que, no caso concreto, possam adquirir relevância jurídica, para que, desse processo, possa resultar uma decisão legítima (na mais ampla concepção que o vocábulo pode adquirir dentro da prática do processo civil em um estado democrático de direito)

Crê-se que a exigência, no caso, não foi atendida. No curto parágrafo em que o julgador buscou levar em conta o modo como o trabalho era exercido, afirmou-se, apenas, que a sequela seria fonte de notório desconforto diante da impossibilidade de a segurada posicionar o membro afetado de maneira satisfatória durante o expediente.

‘Desconforto’ é uma questão de ponto de vista. Mas a possibilidade de concessão de benefício previdenciário em razão da sua existência não deveria ser.

4 CONCLUSÃO

E, ignorando-se que a redução da capacidade laborativa não guarda uma relação de igualdade com qualquer alteração funcional que seja, mas é fator cuja existência deve ser avaliada, sempre, através da consideração escrupulosa do binômio ‘alteração funcional decorrente de acidente + profissiografia’, há um esgarçamento, uma ampliação arbitrária dos próprios limites da cobertura previdenciária desejada pelo legislador sob o prisma da seletividade.

Num cenário em que se trabalha com o paradigma da redução ‘presumida’ da capacidade laborativa, a atuação da perícia técnica fica circunscrita à verificação da existência de correspondência entre a sequela encontrada e as hipóteses enumeradas. A valoração da prova para fins de julgamento é bem mais simples. O que a sequela pode representar para a capacidade laborativa do segurado já foi considerado de antemão.

Mas, de acordo com a orientação prestada pela Advocacia-Geral da União ao INSS, cujos termos encontram confirmação na jurisprudência do STJ, não pode o julgador buscar fundamentos para a sua decisão apenas na palavra da perícia (que, eventualmente, pode até ignorar qual é o risco social efetivamente coberto pela prestação desejada, pois detém conhecimento científico apenas na área médica, e não conhecimento jurídico). A prova técnica deve explicar o que a sequela representa em termos de alteração da capacidade funcional, mas cabe ao julgador valorar se ela representa ou não efetiva redução da capacidade laborativa.

E é possível afirmar, sob tal prisma, que ‘redução da capacidade laborativa’ e ‘incapacidade laborativa’ são conceitos de natureza jurídica, e

não médica. Não existe redução ou incapacidade ‘em tese’, mas apenas aquela que pode ser avaliada no caso concreto diante das condições do segurado de prover o seu sustento através do exercício de trabalho remunerado em nível profissional.

Vale repetir que a reiteração, em incontáveis julgados, da necessidade de realização cuidadosa dessa análise (já exaustivamente descrita), confere a este estudo um álibi seguro no que diz respeito às críticas apresentadas. Não é de hoje que, a pretexto de se combater os supostos abusos perpetrados pelo INSS (que não legisla) e de suprir a suposta hipossuficiência que acometeria, indiscriminadamente, todo e qualquer segurado, se recorre a artifícios questionáveis quando se tem em mente o respeito a ideais republicanos.

A recente afetação do Tema 862 pelo STJ em 2 de agosto de 2019 reforça essa conclusão.

A questão submetida a julgamento é a seguinte: ‘fixação do termo inicial do auxílio-acidente, decorrente da cessação do auxílio-doença, na forma dos arts. 23 e 86, § 2º, da Lei nº 8.213/1991’.

A necessidade de fixação de entendimento relativo a essa tese surge num cenário em que há um grande número de ajuizamentos visando à concessão de benefício de auxílio-acidente em razão de eventos ocorridos num passado já afastado³.

Segurados que, muitas vezes, portam sequelas mínimas que não causam qualquer repercussão sobre a capacidade de ela exercer o seu ofício anterior, já reintegrados ao mercado de trabalho na mesma função sem qualquer prejuízo, buscam, com recorrência, algum tipo de compensação financeira.

E isso, de maneira recorrente, em casos em que o INSS sequer teve a chance de verificar se realmente houve a consolidação das lesões ao final do período em que teria havido incapacidade (havendo, assim, violação de princípios e regras processuais, desconsideração da teoria do ato administrativo e, eventualmente, franca negativa de vigência da legislação ordinária quanto à necessidade de o segurado formular pedido de prorrogação para que seu estado de saúde possa ser novamente analisado pela perícia da Autarquia).

Não se pode, evidentemente, atribuir a prática de lapsos dessa natureza ao exercício de ‘ativismo judicial’.

Mas a observação registrada pela Juíza Federal Tais Vargas Ferracini de Campos Gurgel no voto proferido nos autos Nº 0002245-

3 Segundo o voto da Ministra Assusete Magalhães no RE nº 1.729.555/SP afetado, para fins de realização do juízo de admissibilidade foram contabilizados, apenas no Tribunal de Justiça de São Paulo, cerca de 712 processos sobrestados cuja matéria coincidia com o tema proposto.

25.2016.4.03.6330 (com julgamento em 9 de outubro de 2019), no âmbito do qual se discutiu a possibilidade de se conceder benefício de auxílio-acidente ao contribuinte individual, é digna de menção mesmo no contexto deste estudo, que é muito mais estreito:

Como firmado no tópico anterior, não há lesão a princípios constitucionais pela forma que tratou o legislador a questão posta nos presentes autos, o que por si já impediria a extensão judicial do benefício em questão.

De toda sorte, é importante anotar que, por mais tentadora que pareça, a extensão indiscriminada de benefícios não previstos pelo legislador realizada pelo Judiciário, em uma atuação ativista, pode gerar prejuízos ao equilíbrio do sistema previdenciário como um todo, na medida em que não houve a prévia dotação de recursos do Tesouro para o seu custeio.

Certamente que, diante de flagrante inconstitucionalidade ou ilegalidade deve o Judiciário atuar de forma firme, de modo a garantir os direitos dos cidadãos. Mas há que o fazer com cautela e responsabilidade, na medida em que os efeitos futuros podem ser mais deletérios do que benéficos, jamais adentrando em seara que pertence a outro Poder.

A concessão do benefício em casos semelhantes ao descrito nesse trabalho não resulta, propriamente, na extensão franca e clara de um benefício de maneira não prevista pelo legislador. Mas na distorção dissimulada dos limites do risco social projetado.

O resultado prático, no entanto, é muito próximo. E, tendo em vista a difícil situação a que chegou a Previdência Social (compreendidos tanto a estrutura do INSS quanto o equilíbrio do fundo), vale mencionar que, mesmo quando diante de um 'mal', a diferença entre o remédio e o veneno pode ser a dose.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 9. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2017.

Parecer nº 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU. Brasília: 2013.

OS CONTORNOS DA REABILITAÇÃO PROFISSIONAL PREVIDENCIÁRIA: SUA MISSÃO VAI ALÉM DE UMA TENTATIVA DE ETERNIZAR O BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE

THE CONTOURS OF OCCUPATIONAL SOCIAL REHABILITATION: ITS MISSION GOES BEYOND AN ATTEMPT TO ETERNALIZE DISABILITY BENEFIT

Vivian Caroline Castellano

Especialista em Direito Civil, Procuradora Federal, coordenadora da Equipe de Trabalho Remoto de Benefício por incapacidade do Estado do Paraná (ETR-BI/PR).

SUMÁRIO: Introdução; 1. Em que consiste a Reabilitação Profissional realizada pelo INSS; 2. Panorama geral da Reabilitação Profissional no INSS, seus números e perspectivas; 3. A imprecisão técnica do laudo judicial pericial que conclui pela incapacidade parcial e permanente; 4. A evolução jurisprudencial quanto ao papel do Poder Judiciário no tema da Reabilitação Profissional; 5. Situações concretas que demonstram a condução o programa de reabilitação profissional pelo INSS.

RESUMO: Este artigo trata sobre o programa de reabilitação profissional oferecido pelo INSS, suas etapas administrativas, os números globais do serviço prestado e o impacto das decisões judiciais que envolvem este tema. O que se procura explicar é que cabe à Administração a condução do serviço, com autonomia. Decisões judiciais que determinam a conclusão compulsória da reabilitação profissional de um segurado adentram no campo da discricionariedade administrativa e tendem a prejudicar a prestação deste serviço público. Assim, constatou-se que a condução do programa de reabilitação profissional pelo INSS é feita com comprometimento e responsabilidade e o entendimento jurisprudencial atual, que reconhece esta autonomia, viabiliza a efetiva concretização dos objetivos a que se presta.

PALAVRAS-CHAVE: Reabilitação Profissional. Elegibilidade. Discricionariedade Administrativa.

SUMMARY: This article deals with the professional rehabilitation program offered by the INSS, its administrative steps, the overall numbers of the service provided and the impact of court decisions involving this topic. What we try to explain is that it is up to the Administration to conduct the service, with autonomy. Judicial decisions determining the compulsory completion of an insured person's professional rehabilitation fall into the field of administrative discretion and tend to undermine the provision of this public service. Thus, it was found that the conduct of the professional rehabilitation program by the INSS is done with commitment and responsibility and the current jurisprudential understanding, which recognizes this autonomy, enables the effective achievement of the objectives to which it serves.

KEYWORDS: Professional Rehabilitation. Eligibility. Administrative Discretion.

INTRODUÇÃO

Este artigo aborda o tema da reabilitação profissional como serviço previsto na Lei n. 8.213/91 prestado aos segurados da Previdência Social e a partir do tratamento dado pela Jurisprudência ao longo dos últimos anos.

Nos primeiros dois capítulos serão explicadas as etapas do programa de reabilitação profissional na esfera Administrativa e os números que refletem como vem sendo conduzido este serviço pelo INSS. O terceiro tópico abordará o fio condutor deste trabalho, pois justamente a imprecisão técnica quanto à definição de situações de incapacidade parcial e permanente acarreta a prolação de decisões judiciais que impõem à Autarquia previdenciária o dever de concluir um processo reabilitatório, em franca ofensa à discricionariedade administrativa. O quarto capítulo analisa como a jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Federais tratou o tema nos últimos anos e da recente fixação de tese após a afetação do tema pela Turma Nacional de Unificação. Por fim, no último capítulo, a explanação de casos concretos pretende demonstrar que há comprometimento e atuação responsável por parte do INSS no que se refere à reabilitação profissional dos segurados e, principalmente, que o objetivo maior é proporcionar ao cidadão condições estruturantes de retorno ao mercado de trabalho, para que possa prover seu sustento e da sua família de forma digna.

1 EM QUE CONSISTE A REABILITAÇÃO PROFISSIONAL REALIZADA PELO INSS

A reabilitação profissional é um serviço previsto na Lei n. 8.213/91 prestado aos segurados do RGPS, inclusive aposentados, e, na medida da disponibilidade, aos dependentes dos segurados. É regulada pelos artigos 62 e 89 e seguintes do diploma, que assim dispõem:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insuscetível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. (Redação dada pela Lei nº 13.457, de 2017)

Parágrafo único. O benefício a que se refere o caput deste artigo será mantido até que o segurado seja considerado reabilitado para o desempenho de atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez. (Incluído pela Lei nº 13.457, de 2017)

[...]

c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re) educação e de (re) adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

[...]

Art. 92. Concluído o processo de habilitação ou reabilitação social e profissional, a Previdência Social emitirá certificado individual, indicando as atividades que poderão ser exercidas pelo beneficiário, nada impedindo que este exerça outra atividade para a qual se capacitar.

O Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99) assim dispõe sobre a reabilitação:

Art. 136. A assistência (re)educativa e de (re) adaptação profissional, instituída sob a denominação genérica de habilitação e reabilitação profissional, visa proporcionar aos beneficiários, incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, em caráter obrigatório, independentemente de carência, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios indicados para proporcionar o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem.

[...]

Art. 137. O processo de habilitação e de reabilitação profissional do beneficiário será desenvolvido por meio das funções básicas de:

I - avaliação do potencial laborativo; (Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 2000)

II - orientação e acompanhamento da programação profissional;

III - articulação com a comunidade, inclusive mediante a celebração de convênio para reabilitação física restrita a segurados que cumpriram os pressupostos de elegibilidade ao programa de reabilitação profissional,

com vistas ao reingresso no mercado de trabalho; e (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

IV - acompanhamento e pesquisa da fixação no mercado de trabalho.

[...]

Art. 139. A programação profissional será desenvolvida mediante cursos e/ou treinamentos, na comunidade, por meio de contratos, acordos e convênios com instituições e empresas públicas ou privadas, na forma do art. 317.

O manual técnico de procedimentos da área de reabilitação profissional, Volume I, aprovado pela Resolução INSS n. 626 de 09/02/2018, é o documento técnico que norteia a ação do INSS no que se refere à reabilitação profissional, a começar pela conceituação e estipulação das fases que compõem o programa e serão a seguir abordadas.

Neste sentido:

A Reabilitação Profissional – RP é definida como a assistência educativa ou reeducativa e de adaptação ou readaptação profissional, instituída sob a denominação genérica de habilitação e reabilitação profissional, visando proporcionar aos beneficiários incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, em caráter obrigatório, independente de carência, e às pessoas com deficiência, os meios indicados para o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem (art. 89 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e art. 136 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, que aprovou o Regulamento da Previdência Social – RPS).

Entende-se por habilitação a ação de capacitação do indivíduo para o desenvolvimento de atividades laborativas, observando as aptidões, interesses e experiências. A readaptação profissional procura tornar o indivíduo capaz a retornar às atividades profissionais, proporcionando meios de adaptação à(s) função(ões) compatível (eis) com suas limitações.

A reabilitação profissional é um serviço do INSS a ser realizado por equipe multiprofissional especializada em medicina, serviço social, psicologia, sociologia, fisioterapia, terapia ocupacional e outras áreas afins ao programa (art. 137, §1º, do Decreto nº 3.048/99). São eles que definirão a elegibilidade do beneficiário e acompanharão todo o processo,

com a finalidade de atingir o objetivo previsto em lei, ou seja, a efetiva reinserção no mercado de trabalho e no contexto em que vive segurado.

São 4 as fases e ocorrem sequencialmente: a) avaliação do potencial laboral, composta das etapas “perícia médica de elegibilidade”, “avaliação socioprofissional” e “perícia médica de reabilitação profissional”; b) orientação e acompanhamento, composta das etapas “reunião de planejamento”, “avaliação subsequente por profissional de referência”, “perícia médica subsequente de RP” e “reunião de acompanhamento”; c) desligamento, composta das etapas “avaliação de desligamento por profissional de referência” e “perícia médica de desligamento”; e d) pesquisa da fixação.

A deflagração do processo de reabilitação profissional é cabível quando se constata, em qualquer fase do exame médico-pericial, que o segurado é insuscetível de recuperação para a atividade habitual, porém reúne condições de ser reabilitado para atividade diversa, sendo que estamos diante da perícia médica de elegibilidade, a qual é seguida da avaliação socioprofissional. Para concluir pela elegibilidade de um segurado para participação no programa de reabilitação profissional o perito médico deverá ser assertivo quanto à incapacidade parcial/total e permanente, pois somente neste contexto é que caberá o encaminhamento para próxima etapa.

Ao realizar a avaliação socioprofissional, o profissional de referência faz uma ampla pesquisa sobre a ocupação do segurado, histórico de afastamentos do trabalho, experiência profissional prévia e qualificação profissional obtida por meio de cursos e similares, bem como, avalia o grau de motivação e interesse do segurado, já que este é um ponto essencial para que obtenha êxito e, ao final, emitirá parecer, favorável ou não, para cumprimento do programa.

Logo na sequência, é realizada a perícia médica de reabilitação profissional, a cargo do médico perito, que concluirá sobre a continuação do programa a partir do que foi constatado pela perícia de elegibilidade, bem como, da avaliação socioprofissional e do potencial laboral do segurado.

A fase seguinte é denominada orientação e acompanhamento, sendo iniciada pela reunião de planejamento, oportunidade em que a equipe de reabilitação profissional (perito médico e profissional de referência) irá definir em conjunto como o programa será cumprido em determinado caso concreto (p. ex., cursos de qualificação, treinamento em empresa, etc.).

De modo a aferir a evolução do programa, efetuar orientações ao segurado e supervisionar as etapas, são realizadas avaliações subsequentes do perito médico e do profissional de referência.

Na sequência é realizada a reunião de acompanhamento, também de forma conjunta (perito médico e profissional de referência), para avaliar o

andamento das ações propostas e efetuar eventuais readequações que se façam necessárias para o atingimento do objetivo estabelecido.

A terceira fase consiste no desligamento e compreende duas etapas bem definidas: i) avaliação do desligamento pelo profissional de referência e ii) perícia médica de desligamento. Em ambas será feita a avaliação para aferir se os objetivos propostos foram atingidos, ou seja, se o segurado atingiu requalificação profissional compatível com suas limitações físicas. Caso tenha concluído com êxito, é estabelecida data para a cessação do benefício e emitido o certificado de reabilitação profissional.

A quarta e última fase do programa consiste na pesquisa de fixação, a ser realizada pelo profissional de referência, que analisará a adaptação do beneficiário ao mercado de trabalho e a efetividade do programa de reabilitação profissional, de modo que isso serve também para evolução e melhoria da prestação do serviço em si.

Esta breve explicação demonstra que o procedimento é complexo e envolve várias etapas e, sendo assim, há que se defender a discricionariedade de atuação do INSS na condução do procedimento de reabilitação profissional, com avaliação técnica e minuciosa dos critérios de ingresso e permanência do beneficiário no programa. Ou seja, não é viável que uma decisão judicial crie uma obrigação em uma situação concreta que não passou pelas etapas mencionadas, pois elas visam garantir um mínimo de segurança quanto à efetividade do programa, já que, é certo que existe dispêndio de recursos públicos para sua execução e, portanto, é preciso que reverta em um benefício real para a população em geral.

2 PANORAMA GERAL DA REABILITAÇÃO PROFISSIONAL NO INSS, SEUS NÚMEROS E PERSPECTIVAS

Segundo dados apresentados pela Diretoria de Saúde do Trabalhador do INSS (DIRSAT) em 2018¹, a Previdência Social possuía, em 2017, um total de 140.823 segurados em alguma fase de programa de reabilitação profissional, sendo que esse número é crescente.

Em 2017, ingressaram no programa 55.360 novos segurados (inclusão administrativa, judicial e espontânea) e destes, 32.523 foram considerados elegíveis à reabilitação.

Após um cálculo simples, teríamos 22.837 segurados considerados não elegíveis e são quatro as principais hipóteses de desligamento do

1 Conforme dados extraídos dos Memoriais apresentado pelo INSS antes do julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei – PUIL n. 0506698-72.2015.4.05.8500/SE, afetado como representativo de controvérsia (tema 177).

segurado do programa de reabilitação profissional sem emissão de certificado: i) constatação de inelegibilidade permanente, acarretando a aposentadoria por invalidez (5.803 segurados); ii) constatação de inelegibilidade temporária, quando o segurado não tem, naquele momento, condições de cumprir o programa e, por isso, continua recebendo o benefício de auxílio-doença com data de cessação futura para posterior reavaliação do quadro físico pela perícia (3.728 segurados); iii) possibilidade de retorno imediato ao trabalho, quando constata-se que o segurado pode retornar à vida laboral sem necessidade de reabilitação profissional (4.897 segurados) e; iv) desnecessidade de reabilitação, quando se constata que o segurado passou a exercer outras atividades e ocorreu a auto reabilitação (2.354 segurados)

Assim, considerando o número total de 55.360 inscritos no programa em 2017, um universo de 32.523 segurados, portanto mais de 60%, foram considerados elegíveis, ou seja, seguirão para as próximas etapas. Além disso, dentre aqueles que foram considerados inelegíveis num total de 22.837, verifica-se que 9.531 continuaram sob a tutela da Previdência Social, seja em programa de reabilitação (com o recebimento de auxílio-doença), seja recebendo aposentadoria por invalidez.

Os dados numéricos demonstram o comprometimento do INSS na condução deste serviço previdenciário, sendo que seu cabimento será objeto de análise pelo INSS ao realizar perícia no ato de revisão de um benefício, tenha sido ele concedido administrativa ou judicialmente e, neste ponto, chega-se novamente à inevitável conclusão de que a condução do programa de reabilitação profissional não deve decorrer de imposição judicial.

3 A IMPRECISÃO TÉCNICA DO LAUDO PERICIAL JUDICIAL QUE CONCLUI PELA INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE

Na seara administrativa, como vimos, a deflagração do processo de reabilitação profissional ocorre com a perícia de elegibilidade positiva e o segurado, embora considerado insuscetível de recuperação para a atividade habitual, reúne condições de ser reabilitado para atividade diversa. Para tanto, o perito deve verificar se estão presentes as condições de elegibilidade e preencher o Formulário de Avaliação do Potencial Laboral (FAPL), que se trata de formulário padronizado para esta etapa do processo e serve para registrar de forma concisa informações do segurado quanto ao grau de instrução, ocupação e qual a restrição física que apresenta.

Após a conclusão preliminar acerca da elegibilidade do segurado, ocorre a avaliação socioprofissional, feita por um profissional de referência (assistente social, psicólogo, etc) que preencherá o Formulário de Avaliação

Socioprofissional (FASP), sendo que é o Manual de Reabilitação Profissional do INSS que prevê como isso deverá ser feito:

Levantar dados referentes à ocupação do segurado, histórico de afastamentos do trabalho, suas experiências profissionais prévias e sua qualificação profissional obtida por cursos e treinamentos, bem como, avaliar o seu interesse e grau de motivação frente ao cumprimento do programa.

A terceira etapa desta primeira fase, que visa realizar uma ampla avaliação do potencial laboral antes de se concluir pela efetiva participação do programa de reabilitação profissional, é a perícia médica de reabilitação profissional propriamente dita. Neste momento o perito médico vai emitir parecer conclusivo sobre a continuação do segurado no referido programa, levando-se em consideração o potencial laboral do segurado e as restrições apresentadas, ou seja, utilizando-se das informações constantes no Formulário de Avaliação do Potencial Laboral (FAPL) e no Formulário de Avaliação Socioprofissional (FASP), para finalmente emitir o Formulário de Avaliação de Reabilitação Profissional (FARP) com uma das conclusões a seguir nominadas: intercorrência médica, invalidez limite indefinido, retorno imediato ao trabalho, continuidade em processo de reabilitação profissional, recusa, abandono, instrução de processo judicial, óbito, concessão/manutenção de prótese e órtese, (Re) habilitação de PcD, indeferimento de (Re) habilitação de PcD, homologação de readaptação profissional, indeferimento de readaptação profissional, transferência, não necessita de programa de RP e alta a pedido.

A transcrição detalhada das etapas prévias à deflagração do Programa de Reabilitação profissional adotadas na esfera administrativa serve aqui para demonstrar a complexidade desta avaliação, já que envolve análise multidisciplinar com ampla avaliação acerca do potencial laboral do segurado, da sua capacidade residual, da sua motivação e das suas restrições físicas, de modo a definir com precisão quais segurados preenchem o binômio necessidade/utilidade no que se refere à reabilitação profissional.

Na outra face desta moeda, estão as decisões judiciais que impõem ao INSS a obrigação de promover a reabilitação profissional. Todavia, não raro, tais decisões têm como fundamento a prova pericial que não enfrenta todas as etapas previstas na esfera administrativa. Ou seja, na perícia judicial é feita a análise ampla acerca do potencial laboral do segurado, da sua capacidade residual, da sua motivação e das suas restrições físicas, limitando-se no mais das vezes a concluir que o autor da ação apresenta

“incapacidade permanente para atividade habitual, mas não para toda e qualquer atividade” ou “incapacidade parcial permanente”.

Ademais, em muitos casos, sequer a incapacidade permanente resta configurada, mas sim uma limitação física agravada por um período de crise do quadro, que tende a evoluir naturalmente para uma estabilização e melhora.

Os contornos de um caso concreto retratam melhor esta situação. Nos autos n. 5014560-54.2017.4.04.7003, com tramitação originária perante o Juizado Especial da 4ª Vara Federal de Maringá, foi realizada perícia judicial, tendo o perito constatado que “há restrições para carga de pesos ou movimentos com os braços elevados” e concluiu nos seguintes termos:

Assim, entendemos que o autor está incapacitado para o seu trabalho habitual como eletricitista, mas pode ser reabilitado. A incapacidade está presente desde a data de cessação do último benefício. Sua autonomia está preservada.

Importante destacar aqui que no laudo judicial não foi feita ampla análise de profiessiógrafia, nem tampouco, uma avaliação do potencial laboral residual em face das limitações físicas apresentadas.

Diante da constatação por perícia judicial acerca de uma situação que retrata, à primeira vista, uma incapacidade para atividade habitual, foi apresentada proposta de acordo pelo INSS para que o benefício de auxílio-doença fosse restabelecido e o autor encaminhado para o programa de reabilitação profissional. Leia-se aqui, o programa como um todo e com todas as fases iniciais, desde a análise inicial de elegibilidade. O acordo foi assim homologado e o autor encaminhado para as providências de natureza administrativa, sendo que na perícia de elegibilidade (primeira fase da etapa inicial), o perito responsável concluiu que o segurado não era elegível e o fez de forma fundamentada, porque após análise da profiessiógrafia constatou que o segurado, além de encanador e eletricitista de manutenção, tem habilitação e experiência laboral prévia como técnico em eletrônica e informática e escolaridade equivalente ao ensino médio completo. Além disso, dentro do exame físico para avaliação das restrições, verificou mãos calosas e queimadura recente em abdômen superior decorrente de trabalho com aparelho de solda.

Diante do quadro constatado na perícia de elegibilidade – existência de capacidade laboral residual e efetivo exercício de atividade laboral –, o autor foi considerado inelegível para o programa de reabilitação profissional, por absoluta desnecessidade. No entanto, ao tomar ciência desta decisão administrativa, apresentou irresignação nos autos da ação

em que foi homologado o acordo sob o argumento de que o INSS havia descumprido a sentença homologatória e obteve decisão judicial que determinava ao INSS o restabelecimento do benefício até a conclusão do programa de reabilitação profissional. Neste contexto decisório foi impetrado o mandado de segurança n. 5013493-92.2019.4.04.7000 perante à Turma Recursal do Paraná para requerer a prevalência da análise de elegibilidade realizada na seara administrativa e a consequente cassação da decisão judicial que determinou a conclusão do programa como condição para cessação do benefício. Após debates instaurados acerca de eventual ofensa à coisa julgada, foi concedida a segurança, sendo pertinente a transcrição de trecho do voto divergente, que acabou sendo acatado pela maioria da Turma Recursal:

No processo 5014560-54.2017.4.04.7003, portanto, a decisão que transitou em julgado não condiciona a cessação do benefício de auxílio-doença à reabilitação profissional. Mas determina a reabilitação profissional, se for o caso, podendo o INSS cessar o benefício sem a reabilitação profissional, desde que a cessação seja “fundada em laudo médico pericial detalhado”. E, de acordo com a análise do processo, o INSS não promoveu a reabilitação profissional do segurado, mas cessou o auxílio-doença após laudo técnico detalhado e que conclui pela recuperação da capacidade. Nessas condições, é possível concluir que o INSS não afronta a decisão que transitou em julgado no processo 5014560-54.2017.4.04.7003, pois, ao contrário do que consta na decisão impetrada, a cessação do auxílio-doença não ficou condicionado à reabilitação profissional.

Observa-se, então, que a prova técnica (perícia judicial) carece, na maioria das vezes, de elementos essenciais para o trato da questão, pois não realiza uma investigação detalhada acerca da efetiva atividade habitual, não esclarece quais são as efetivas demandas físicas para realização da atividade, nem tampouco se debruça sobre experiências profissionais prévias. Portanto, a necessária análise do binômio restrições físicas/capacidade laboral residual/qualificação técnica não é realizada no bojo da ação judicial.

Ora, se esta prova técnica produzida judicialmente não faz a análise completa e prévia acerca do potencial laboral, não poderia também servir como fundamento técnico para “obrigar” o INSS a concluir o programa de reabilitação profissional em determinada situação.

É de se dizer que os parâmetros administrativos e judiciais para encaminhamento para o programa de reabilitação profissional são distintos

e, sendo assim, considerando a completude e complexidade dos critérios administrativos próprios para a avaliação das condições de acesso ao programa, não parece razoável que o INSS seja condenado judicialmente a promover a reabilitação profissional de um segurado.

4 A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL QUANTO AO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO TEMA DA REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

No que se refere ao entendimento jurisprudencial envolvendo o tema da reabilitação profissional constata-se uma evolução. Até pouco tempo atrás, não estava em pauta a prevalência da análise de elegibilidade realizada na seara administrativa e, normalmente, as decisões judiciais eram proferidas no sentido de determinar ao INSS que concluísse o programa de reabilitação profissional no caso concreto.

Algumas decisões judiciais chegavam a determinar para qual função o segurado deveria ser reabilitado, incidindo em franco desrespeito à autonomia administrativa para conduzir o programa. É o exemplo da sentença proferida nos autos n. 5047345-44.2018.4.04.7000 em 11/03/2019, pelo Juízo 22ª Vara Federal de Curitiba:

Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela e julgo parcialmente procedentes os pedidos, com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil, a fim de condenar o Instituto Nacional do Seguro Social a: a) substituir o benefício de aposentadoria por invalidez que recebe a autora (NB 553.653.402-1) pelo benefício de auxílio-doença a partir do dia 16.11.2018, na forma da fundamentação, o qual deverá ser mantido enquanto ele estiver submetido a processo de reabilitação profissional para função com remuneração semelhante à de uma bancária, na forma da fundamentação;

Na mesma linha de raciocínio, as decisões judiciais condicionavam a cessação do benefício à conclusão da reabilitação profissional:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, para condenar o INSS a: a) implantar o benefício previdenciário, obedecidos os seguintes parâmetros [...] O benefício apenas poderá ser cessado sem conversão em outro: (i) na hipótese de retorno voluntário da parte autora ao labor, ou (ii) de seu falecimento. O benefício poderá ser suspenso: (i) em caso de recusa de participação ou abandono imotivados do processo de reabilitação e (ii)

não comparecimento em perícia administrativa. (Sentença proferida em 08/11/2018, nos autos n. 5000249-58.2018.4.04.7024 pelo Juízo da 1ª UAA em Wenceslau Braz).

O entendimento jurisprudencial na Turma Nacional de Uniformização se formou no sentido de impor ao INSS a penalidade de conversão para o benefício de aposentadoria por invalidez em caso de não realização da reabilitação profissional, conforme decisões da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região e a seguir transcritas:

O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez” – art. 62 da Lei n. 8.213/91. (Acórdão proferido em 01/06/2012 nos autos n. 00020227420074036302, TNU)

É neste contexto jurisprudencial que surge o embate que deu origem ao Tema 177, afetado em 29/05/2018 como representativo da controvérsia no PUIL n. 0506698-72.2015.4.05.8500/SE, qual seja, se decisão judicial de concessão/restabelecimento do benefício de auxílio-doença também pode determinar a submissão do segurado a processo de reabilitação profissional ou se tal ato se insere no âmbito da discricionariedade do INSS (arts. 62 e 89, ambos da Lei n. 8.213/1991).

Após amplo debate e a demonstração por parte do INSS, por intermédio da Procuradoria Geral Federal, de que as etapas atinentes à reabilitação profissional devem ficar à cargo da Autarquia, foi firmada em 26/02/2019 a seguinte tese:

1. Constatada a existência de incapacidade parcial e permanente, não sendo o caso de aplicação da Súmula 47 da TNU, a decisão judicial poderá determinar o encaminhamento do segurado para análise administrativa de elegibilidade à reabilitação profissional, sendo inviável a condenação prévia à concessão de aposentadoria por invalidez condicionada ao insucesso da reabilitação; 2. A análise administrativa da elegibilidade à reabilitação profissional deverá adotar como premissa a conclusão da decisão judicial sobre a existência de incapacidade parcial e permanente, ressalvada a

possibilidade de constatação de modificação das circunstâncias fáticas após a sentença.

A questão foi tratada de forma precisa, merecendo aqui a transcrição do voto-vista de lavra da MM. Juíza Federal Tais Vargas Ferracini de Campos Gurgel:

Com efeito, é inafastável a possibilidade de que o Judiciário imponha ao INSS o dever de iniciar o processo de reabilitação, na medida em que esta é uma prestação previdenciária prevista pelo ordenamento jurídico vigente, possuindo um caráter dúplice de benefício e dever, tanto do segurado, quanto da autarquia previdenciária.

Por outro lado, não se pode olvidar de que a prestação em questão possui uma natureza bastante peculiar, sendo que o sucesso de seu resultado é multifatorial; depende da possibilidade concreta de reabilitação do segurado, que passa não só pela análise médica das moléstias que lhe acometem, mas também do meio em que está inserido, de sua prévia capacitação educacional e profissional, das possibilidades de emprego e reinserção em mercado de trabalho em sua região etc.

A análise, enfim, é multidisciplinar para a eleição dos casos que possuem condições para reabilitação; e, mesmo entre estes, no curso do processo podem ocorrer diversos eventos que alteram o resultado, impossibilitando a reabilitação proposta, como a reinserção voluntária do autor em exercício de função diversa, a piora de suas condições de saúde ou mesmo a ausência de adesão do segurado ao processo, impossibilitando sua conclusão.

Desta forma, é temerário e prematuro que se ordene a reabilitação propriamente dita; deve haver somente a determinação de deflagração do processo, como bem exposto pelo voto do relator, através da dita perícia de elegibilidade, sendo que o resultado do processo dependerá do desenrolar dos fatos, no âmbito administrativo.

Mas repita-se, caso seja o autor avaliado em fase de perícia de elegibilidade e localizado um potencial laboral residual, **NÃO HÁ RAZÃO PARA QUE SEJA MANTIDO** em programa de Reabilitação Profissional.

Com este novo cenário jurisprudencial, constata-se uma evolução clara e já perceptível nas ações judiciais em andamento, sendo que a

sentença proferida nos autos n. 50473454420184047000 mencionada no início do capítulo, foi reformada recentemente:

Isto posto, voto no sentido de dar provimento ao recurso do INSS, reformando parcialmente a sentença, a fim de determinar o encaminhamento do segurado para análise administrativa de elegibilidade à reabilitação profissional, sem condicionar o insucesso da reabilitação à conversão do benefício em aposentadoria por invalidez. (Acórdão prolatado em 26/06/2019 pela 4ª Turma Recursal do Paraná)

É este, atualmente, o entendimento jurisprudencial vigente e que se revela adequado, já que devolve para a Autarquia a condução do programa de Reabilitação Profissional.

5 SITUAÇÕES CONCRETAS QUE DEMONSTRAM A CONDUÇÃO O PROGRAMA DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL PELO INSS

A condução do programa de reabilitação profissional pela própria Autarquia previdenciária, com a realização das etapas bem delineadas, principalmente no que tange à elegibilidade do segurado é uma realidade fática e não meramente previsão normativa, seja em processos concessórios de natureza administrativa, seja em razão de concessão judicial com encaminhamento ao programa.

Alguns exemplos clareiam tal percepção:

Nos autos judiciais n. 5042158-89.2017.4.04.7000 da 9ª Vara Federal de Curitiba, após emissão de laudo pericial que concluiu pela limitação do autor para exercer atividades com demanda de esforço físico, permanência em pé e deambulação prolongada em razão de fratura de calcâneo, as partes firmaram acordo que previa o restabelecimento do benefício de auxílio-doença e o encaminhamento do segurado para análise de elegibilidade para fins de reabilitação profissional. Realizada a perícia de elegibilidade, constatou-se que o autor, 39 anos, ensino médio completo, com carteira de habilitação renovada sem qualquer observação de restrição ou limitação em pé direito, com experiência laboral prévia como eletricista, auxiliar de manutenção em veículos e garçom, possui habilitação específica e experiência para exercer atividades adequadas à sua condição física. Ou seja, não é necessária a reabilitação profissional neste caso e isso foi reconhecido pelo magistrado após análise dos documentos comprobatórios.

Em outro exemplo, o INSS, a partir de concessão administrativa (não por determinação judicial) encaminhou o segurado para o programa

de reabilitação profissional. Trata-se de segurado com 38 anos, portador de Espondilite Ancilosante², que estava aposentado desde 2004 por estar incapaz para exercer a função de mecânico industrial (manuseio do torno). Por ocasião do programa de revisão de benefícios por incapacidade realizado pelo INSS nos anos de 2016 a 2018, foi considerado elegível para reabilitação profissional por apresentar bom perfil cognitivo para assumir atividades ocupacionais sem risco ergonômico ou demanda física que acarretem sobrecarga para o quadril. Feita a análise acerca do potencial laboral (primeira etapa), o segurado foi encaminhado para realização de curso de informática, frequentando às aulas entre janeiro de 2018 a julho de 2019, obteve boas notas e demonstrou estar motivado, de acordo com relatórios de acompanhamento mensal realizado pelo profissional de referência. Em setembro de 2019 foi emitido o certificado de reabilitação profissional em nome do segurado para a função de técnico em informática e encaminhado o currículo para setor de recursos humanos de uma empresa que, mediante contato prévio feito pelo profissional de referência, tinha uma demanda de posto de trabalho que poderia ser preenchida pelo segurado. Ainda que a realocação no mercado de trabalho não seja obrigação legal do INSS, constata-se que, uma vez concluído o processo com êxito, o encaminhamento para a vaga de trabalho é uma consequência natural do trabalho feito ao longo do programa.

Os exemplos acima demonstram o comprometimento e a seriedade com que o programa de reabilitação profissional é conduzido na esfera administrativa, que possui o repertório técnico demandado e, por esta razão, deve ter autonomia para que possa prestar o serviço público de forma adequada.

6 CONCLUSÃO

A reabilitação profissional é um serviço público voltado a proporcionar o retorno ao mercado de trabalho ao segurado da Previdência Social que esteja incapaz parcial ou totalmente para exercer atividade laboral.

Ocorre que, como visto, o programa compreende etapas de natureza técnica e prescinde de prévia análise a ser realizada por uma equipe multidisciplinar capaz de definir quais segurados são elegíveis, bem como,

2 Espondilite anquilosante é uma doença inflamatória crônica, por enquanto incurável, que afeta as articulações do esqueleto axial (que compreende os ossos da cabeça, tórax e coluna), especialmente as da coluna e ombros, e também afeta as articulações dos quadris e joelhos. In: <<https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas>>.

de acompanhar todo o processo, com a finalidade de atingir o objetivo previsto em lei, ou seja, a reinserção no mercado de trabalho.

Os números trazidos comprovam que efetivamente o serviço é prestado de forma comprometida e responsável, prezando o INSS que reinserção do segurado no mercado de trabalho se dê de forma consistente e duradoura.

Antes de se concluir pela necessidade/utilidade da reabilitação profissional, faz-se necessária a investigação detalhada acerca da efetiva atividade habitual e das demandas físicas para sua execução, bem como, a análise das experiências profissionais prévias e da(s) limitação(ões) física(s) existente(s) e, todos elementos resultarão no esboço do potencial laborativo residual. A partir deste cenário é que se define o próximo passo, que poderá ou não indicar a continuidade do programa de reabilitação profissional.

Logicamente, se no bojo de uma ação judicial não foram analisados todos os aspectos mencionados e não se tem uma ideia precisa de qual o potencial laborativo residual de um segurado, não é aceitável que a decisão judicial imponha ao INSS a obrigação concluir a reabilitação profissional, ou ainda, determine a conversão para o benefício de aposentadoria por invalidez em caso de não comprovação da reabilitação profissional.

É precisamente neste contexto que a defesa judicial do INSS passou a defender a tese voltada a resguardar a autonomia administrativa no tocante à condução do programa de reabilitação profissional, o que enfim foi albergado pela tese firmada no julgamento do Tema 177 pela TNU.

Por fim, os exemplos citados neste trabalho servem para ilustrar e tornar mais palpável a condução das etapas pelo INSS, comprovando a eficiência e efetividade da reabilitação profissional conduzida na esfera administrativa de forma autônoma e não como fruto de imposição judicial.

REFERÊNCIA

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. *Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional*. v. 1, fev. 2018.

