

Publicações da Escola da AGU

BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE: QUESTÕES PRÁTICAS NA VISÃO CRÍTICA DE UMA EQUIPE ESPECIALIZADA VOLUME 2

Ano 13 - n. 02 - Brasília-DF, maio./ago. 2021

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 13	n. 02	p. 1-184	maio./ago. 2021
------------------------------	----------	-------	-------	----------	-----------------

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

Fabício da Soller

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fabício da Soller	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
Edimar Fernandes de Oliveira	Corregedor-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
Andreia Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral de Ensino

EDITOR RESPONSÁVEL

Danilo Barbosa de Sant'anna

COORDENADORA

Clarissa Teixeira Paiva
Procuradora Federal

Diagramação/Capa: Walbert Kuhne Julio

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Publicações da Escola da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. -- Brasília : EAGU, 2009.
v. ; 23 cm.

Irregular.

ISSN 2236-4374 (versão impressa)
ISSN 2525-3298 (versão on-line)
I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

AUTORES

THALITA MARIA AZAMBUJA BRANDALISE

Especialista em Direito Administrativo, MBA em Gestão Pública, Produtora Federal, Coordenadora da Equipe de Trabalho Remoto de Benefícios por Incapacidade de Santa Catarina (ETR-BI/SC)

HENRIQUE BEUX NASSIF AZEM

Procurador Federal, com atuação na Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios por Incapacidade da 1ª Região. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

RENATA MARIA DE BRITO AZEVÊDO

Procuradora Federal, com atuação na Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios por Incapacidade da 1ª Região. Especialista em Direito Internacional pela Faculdade Estácio de Sá.

ISMAEL ROLIM DREGER

Especialista em Direito Constitucional, Procurador Federal, Coordenador da Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios por Incapacidade do Rio Grande do Sul (ETR-BI/RS)

CAMILA CHAIR SAMPAIO

Especialista em Direito do Estado, Procuradora Federal, atua na

Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios por Incapacidade da 3ª Região (ETR-BI/TRF3).

FABIO ALESSANDRO FRESSATO LESSNAU

Procurador Federal. Mestre em Direito Processual Civil pela Unipar. Especialista em Processo Civil pela Unipar. Especialista em Direito Tributário pela Unicuritiba. Especialista em Direito Previdenciário pela UNIDERP. Membro Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Integrante da Equipe de Trabalho Remoto de Benefício por Incapacidade do Estado do Paraná - Comarcas (ETR-BI/PR/COM).

DORA MAYNART PEREIRA

Especialista em Direito Público e em Direito Constitucional, Procuradora Federal, Coordenadora da Equipe de Trabalho Remoto de Benefícios por Incapacidade da Procuradoria Regional Federal da 1ª Região (ETR-BI/PRF1).

ELIAS AUGUSTO REINALDIN

Procurador Federal. Integrante da Equipe de Trabalho Remoto de Benefício por incapacidade do Estado do Paraná (ETR-BI/PR).

**VIVIAN CAROLINE
CASTELLANO**

Especialista em Direito Civil, Procuradora Federal, responsável pela Coordenação Nacional das Equipes de Trabalho Remoto em Benefício por incapacidade.

REBECA SANTA CRUZ

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Clarissa Teixeira Paiva - Coordenadora 7

Reflexos da Pandemia do Covid-19 nos Benefícios por Incapacidade no ano de 2020

Reflections of the Covid-19 Pandemic on Incapacity Benefits in 2020

Thalita Maria Azambuja Brandalise..... 9

O Regime Jurídico das Perícias Médicas nos Benefícios por Incapacidade na Lei 13.982/2020

The Legal Regime of Medical Expertise in Social Security Benefits After Act 13.982/2020

Henrique Beux Nassif Azem

Renata Maria De Brito Azevêdo.....27

Prova da Incapacidade Laboral em Tempos de Pandemia de Covid-19

Proof of Labor Disability in Times of Covid-19 Pandemic

Ismael Rolim Dreger..... 45

A Carência no Regime Previdenciário: Análise a Partir das Alterações Provocadas Pelas Medidas Provisórias 739/2016, 767/2017 E 871/2019.

Contribution Time in the Social Security System: Analysis From the Changes Caused By the Executive Orders 739/2016, 767/2017 And 871/2019.

Camila Chair Sampaio..... 69

Vigência da Medida Provisória N.º 905/2019 Em Relação às Alterações Promovidas no Auxílio Acidente

Executive Order N.º 905 Validity in Relation to Changes Promoted in the Accident Compensation Benefit

Fabio Alessandro Fressato Lessnau..... 85

Regime Jurídico Aplicável à Aposentadoria Por Incapacidade Permanente, Com Data De Início Da Incapacidade Posterior À Ec N. 103/2019, Precedido de Auxílio por Incapacidade Temporária, com Data de Início do Benefício Anterior à Reforma da Previdência

Legal Regime Applicable To Pension Due To Permanent Disability, With Incapacity Date Beginning After Ec No 103/2019, Preceded By Temporary Incapacity Benefit

Fabio Alessandro Fressato Lessnau..... 109

A Ausência de Interesse de Agir nas Ações Previdenciárias Relativas a Benefícios por Incapacidade em Caso de Omissão do Segurado <i>The Absence of Interest in the Social Security Suits Involving Incapability Benefits in Case of Omission of the Insured</i> Dora Maynard Pereira.....	129
O Laudo Pericial Judicial em Matéria de Benefício Previdenciário por Incapacidade <i>Judicial Expert Report on Incapacity Benefit</i> Elias Augusto Reinaldin Vivian Caroline Castellano	149
A Repercussão da Indicação de Cirurgia na Concessão Judicial dos Benefícios Previdenciários por Incapacidade <i>The Repercussion of Surgery Referral in the Judicial Grant of Incapacity Benefit</i> Rebeca Santa Cruz	167

APRESENTAÇÃO

Um ano após o lançamento do primeiro volume da revista especializada em benefícios por incapacidade, o engajamento foi tão grande que rapidamente surgiram outros Procuradores Federais, de ETRs-BI de todo o Brasil, com ideias para um outro volume. Embora seja uma temática já especializada dentro do universo dos benefícios previdenciários, a matéria de incapacidade tem muitos desdobramentos, o que ficou ainda mais evidente agora com a pandemia.

Por isso, já no início, a revista traz três artigos dedicados às repercussões do COVID-19 nas rotinas de concessão dos benefícios por incapacidade no INSS. **Thalita Brandalise** faz um apanhado de todas as medidas adotadas pelo INSS desde o fechamento das agências e apresenta uma distinção relevante entre auxílio-doença previdenciário, quarentena e afastamento preventivo aos grupos de risco. Na sequência, **Henrique Azem e Renata Azevêdo** focam na antecipação do auxílio por incapacidade temporária como meio de efetivação do direito à prestação previdenciária, mesmo diante das restrições impostas pela pandemia. Já a questão da prova da incapacidade nas ações judiciais foi tratada por **Ismael Dreger**, que explica sobre os meios alternativos à prova presencial, como teleperícia e prova técnica simplificada.

Na segunda parte da revista, foram concentrados três artigos que trazem reflexões sobre mudanças legislativas recentes. **Camila Sampaio** faz um apanhado de todas as mudanças nos períodos de carência de reingresso provocadas pelas medidas provisórias nº 739/2016, 767/2017 e 871/2019, sua validade no tempo e a insegurança jurídica causada pelas alterações constantes. Ainda sobre medidas provisórias, **Fábio Lessnau** aborda as controvérsias em torno do prazo de vigência da MP nº 905/2019 que alterou as regras do auxílio-acidente. O mesmo autor também enfrenta reflexos das mudanças na renda mensal da aposentadoria por incapacidade permanente depois da reforma da Previdência, implementada pela EC 103/2019, especialmente quando a invalidez é posterior, mas o benefício é precedido de um auxílio-doença.

Por fim, na parte das matérias cotidianas, **Dora Pereira** escreve sobre a responsabilidade do segurado em acionar o INSS no seu pleito por um benefício por incapacidade. A omissão em requerer administrativamente o benefício ou a sua prorrogação não caracterizam o interesse de agir nas ações judiciais. Sobre perícias, **Vivian Castellano**

e **Elias Reinaldin** apontam as falhas que normalmente ocorrem nos laudos judiciais e os problemas decorrentes das sentenças que desconsideram as conclusões dos peritos. Por fim, **Rebeca Santa Cruz** aponta como a indicação de cirurgia para a recuperação da capacidade tem sido equivocadamente utilizada como fundamento para a concessão de aposentadoria por incapacidade permanente.

E os desafios não param por aqui. Enquanto os autores concluíam seus artigos, foi publicada a Lei nº 14.131, de 30 de março de 2021 e, no dia seguinte, regulamentando a Lei, a Portaria Conjunta nº 32. Com isso, o INSS fica autorizado a conceder benefícios por incapacidade com base em análise de atestado até 31 de dezembro de 2021. Talvez esse acabe sendo o grande legado da pandemia para facilitar as concessões de benefícios em alguns casos.

O direito vem sendo construído rapidamente, dia-a-dia, no último ano. A cada lei publicada, surgem novos questionamentos que só serão resolvidos na prática. Naturalmente, alguns casos que são negados tratam de situações não previstas nos regramentos e que, por isso, vão demandar ao Judiciário uma solução.

Enquanto isso, as ETRs-BI buscam com a mesma agilidade decidir a melhor forma de defesa do INSS nas ações judiciais. Esses artigos fazem parte dessa busca, pois são fruto de reflexões diárias presentes em muitas contestações e recursos.

Clarissa Teixeira Paiva
Procuradora Federal
Integrante da Equipe de Trabalho
Remoto de Benefícios por Incapacidade
do Paraná (ETR-BI-PR)

REFLEXOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE NO ANO DE 2020

*REFLECTIONS OF THE COVID-19 PANDEMIC ON
INCAPACITY BENEFITS IN 2020*

Thalita Maria Azambuja Brandalise

Especialista em Direito Administrativo, MBA em Gestão Pública, Procuradora Federal, Coordenadora da Equipe de Trabalho Remoto de Benefícios por Incapacidade de Santa Catarina (ETR-BI/SC)

SUMÁRIO: Introdução; 1. Dos requisitos para a concessão de benefício por incapacidade temporária (auxílio-doença); 2. Benefícios por incapacidade requeridos durante a suspensão das perícias presenciais; 2.1. Antecipação de 1 (um) salário-mínimo mensal aos requerentes de auxílio-doença; 2.2. Prorrogação automática; 3. Auxílio-doença previdenciário x quarentena x afastamento preventivo aos grupos de risco; 4. Alternativas para proteção do trabalhador pertencente a grupo de risco; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre o tratamento dado pelo Instituto Nacional de Seguro Social aos requerimentos de benefício por incapacidade temporária durante a pandemia do COVID-19 no ano de 2020, tendo em vista a suspensão das perícias presenciais na Autarquia. Aborda as soluções trazidas pela Lei n.º. 13.982/2020 e pela Portaria Conjunta ME/SEPRT n.º 9381, de 6 de abril de 2020, quais sejam: a antecipação do pagamento de um salário-mínimo mensal para os requerentes do benefício de auxílio-doença (e sua posterior convalidação em benefício por incapacidade temporária) e a prorrogação automática dos benefícios vigentes, ambas independentes da realização de perícia médica. O artigo também diferencia as hipóteses de concessão de benefício por incapacidade temporária (auxílio-doença) dos afastamentos pela quarentena da Lei n.º. 13.979/2020 e dos afastamentos preventivos dos trabalhadores pertencentes aos chamados grupos de risco para o COVID-19, esclarecendo quais as alternativas para a proteção de tais trabalhadores. Conclui-se que o INSS, diante do cenário de crise, fez um esforço para evitar o represamento dos requerimentos e a consequente judicialização em massa, mas que esses benefícios concedidos sem perícia presencial devem ser vistos com ressalvas em requerimentos futuros, ante a situação de extrema excepcionalidade que levou a sua concessão no ano de 2020.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia. COVID-19. Coronavírus. Auxílio-doença. Antecipação de um Salário-mínimo. Quarentena. Afastamento Preventivo. Grupos de Risco.

ABSTRACT: This article deals with the treatment given by the INSS to the benefit requirements for temporary disability during the COVID-19 pandemic in the year 2020, with a view to suspending the presential evaluation in the Autarchy. It addresses the solutions brought by Law n.º. 13.982/2020 and Joint Ordinance ME/SEPRT n.º 9.381, of April 6, 2020, namely: the anticipation of the payment of a monthly basic salary for applicants for sickness benefit (and their subsequent validation in benefit by temporary incapacity) and the automatic extension of the current benefits, both independent of medical evaluation. The article also differentiates the hypotheses of granting a benefit due to temporary incapacity (sickness benefit) from the leave due to the quarantine of Law n.º 13.979/2020 and the preventive leave of workers belonging to the so-called risk groups for COVID-19, clarifying the alternatives for the protection of such workers. It is concluded that the INSS, in this crisis scenario, made an effort to avoid the impounding of the requirements

and the consequent mass judicialization, but that these benefits granted without presential evaluation must be seen with reservations in future requirements, before the situation of extreme exceptionality that induce to this concession in 2020.

KEYWORDS: Pandemic. COVID-19. Coronavirus. Sickness Benefit. Anticipation of a Basic Salary. Quarantine. Preventive Separation. Groups of Risk.

INTRODUÇÃO

No ano de 2020, a humanidade se deparou com uma crise de saúde pública mundial, iniciada em 11/03/2020, quando Tedros Adhanom, diretor geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), declarou que a organização elevou o estado da contaminação da doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) à classificação de pandemia, em razão da rápida disseminação geográfica que o COVID-19 vinha apresentando¹.

Para conter a expansão do vírus, diversas medidas foram adotadas pelos governos, a maioria delas relacionada ao isolamento social, implementado com diferentes graus de rigidez.

Com o passar dos meses, inúmeras atividades foram parcial ou totalmente paralisadas, resultando em uma inevitável crise econômica, com aumento do desemprego e deixando muitas famílias sem a atividade que lhes gerava renda.

De acordo com o IBGE, o desemprego no Brasil atingiu o patamar de 13,1% no terceiro trimestre de 2020, que significa um contingente de 14,1 milhões de desempregados².

Historicamente, toda vez que o país passa por um momento de crise econômica, aumenta a demanda por benefícios previdenciários de todas as espécies, principalmente auxílios-doença.

Isso acontece porque os segurados, enquanto estão em vínculos de empregos formais ou em atividade autônoma rentável com vasta clientela, tendem a adiar o pedido de benefício, mantendo-se trabalhando com algum esforço, mesmo portadores de doença incapacitante, por

1 ORGANIZAÇÃO mundial da saúde declara pandemia do novo coronavírus. UNASUS, 2020. Disponível em: [<https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>]. Acesso em: 23/02/2021.

2 DESEMPREGO. IBGE, 2021. Disponível em: [<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>]. Acesso em: 23/02/2021.

receio de perder o emprego ou os clientes em decorrência de um afastamento previdenciário.

A crise econômica, no entanto, ao gerar desemprego e redução da renda dos cidadãos, acaba por ampliar a busca por benefícios do poder público e em 2020 não foi diferente.

Para fazer frente a essa demanda, o governo federal criou o chamado Auxílio Emergencial, através do artigo 2º da Lei nº. 13.982, de 2 de abril de 2020, destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, com o objetivo de fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Coronavírus - COVID 19.

Paralelamente, a mesma lei autorizou, em seu artigo 3º, a antecipação do valor referente ao auxílio emergencial para os requerentes do benefício de prestação continuada (LOAS) e, em seu artigo 4º, a antecipação do pagamento de um salário-mínimo mensal para os requerentes do benefício de auxílio-doença, independente da realização de perícia médica.

O presente artigo visa analisar como a pandemia do COVID-19 impactou os requerimentos de benefícios por incapacidade (auxílios-doença), sobretudo no período em que foram suspensas as avaliações periciais presenciais no ano de 2020, apontando os problemas decorrentes dessa situação e indicando algumas soluções aplicadas para evitar a judicialização.

1. DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA (AUXÍLIO-DOENÇA)

Preliminarmente, é importante frisar que não basta estar incapacitado *lato sensu* para fazer jus ao auxílio-doença.

De acordo com o artigo 59 da Lei nº. 8.213/91, o auxílio-doença é devido ao segurado que, cumprido o período de carência estabelecido pela lei, ficar incapacitado para sua atividade habitual por período superior a 15 dias consecutivos.

Nota-se, portanto, que o auxílio-doença exige, para sua concessão, que esteja configurada a incapacidade *strictu sensu*, ou seja, aquela que afeta diretamente a atividade habitualmente exercida pelo segurado.

Assim, se o segurado possui uma doença ortopédica que o impede de exercer atividades braçais moderadas a pesadas ou carregar peso, mas sua atividade habitual é administrativa, trabalhando sentado em frente ao computador, ele não será considerado incapacitado para sua atividade habitual, logo, não fará jus ao benefício.

Além dessa incapacidade específica, a concessão do benefício exige o preenchimento dos demais requisitos legais, que são a qualidade de segurado e a carência.

Sucintamente, a qualidade de segurado pode ser definida como a vinculação ao Regime Geral da Previdência Social, mediante recolhimentos regulares como empregado, avulso, contribuinte individual, segurado especial ou facultativo. Já a carência é o número mínimo de contribuições que o segurado deve ter para fazer jus ao benefício.

Tais requisitos visam evitar que alguém, já incapacitado, reingresse no Regime Geral da Previdência Social (RGPS) apenas no intuito de obter o benefício em questão. Nesse sentido, é importante destacar o marco a partir do qual tais requisitos serão analisados, que é a chamada data de início da incapacidade (DII).

A DII é a data em que a doença do segurado se tornou incapacitante para a sua atividade habitual. A fixação dessa data exige uma análise técnica, realizada pela perícia médica da Autarquia. O perito examina o segurado (anamnese), e analisa os documentos médicos (atestados, exames, prontuários, etc.) e fixa o que chamamos de datas técnicas, ou seja, a data em que iniciou a doença (não necessariamente já era incapacitante), a data de início da incapacidade e o tempo estimado para recuperação da capacidade (DCB – data de cessação da incapacidade).

Note-se que, por ser análise técnica privativa do perito, não é possível fixar DII sem passar pela perícia médica, o que poderia ter se tornado um problema no ano de 2020, em face da suspensão das perícias presenciais.

Para evitar o represamento de todos os requerimentos de auxílio-doença, o INSS buscou soluções paliativas para não desamparar os segurados incapacitados durante a crise do coronavírus e, em consequência, evitar a maciça judicialização.

2. BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE REQUERIDOS DURANTE A SUSPENSÃO DAS PERÍCIAS PRESENCIAIS

Em resposta quase imediata à declaração da pandemia e às orientações governamentais de isolamento social, o INSS interrompeu os atendimentos presenciais, através da Portaria INSS/SEPRT n°. 8024, de 19/03/2020 (prorrogada **pela Portaria Conjunta SEPRT/INSS N° 17 DE 21/05/2020 e pela Portaria Conjunta INSS/ME/SEPRT/SPREV N° 22 DE 19/06/2020**), **determinando que** o atendimento aos segurados e beneficiários seria prestado por meio dos canais de atendimento remoto.

No entanto, a concessão de auxílio-doença exige a realização de perícia médica presencial, para a correta fixação das datas técnicas, sobretudo a data de início da incapacidade, marco para o preenchimento dos demais requisitos legais.

Assim, para fazer frente à situação excepcional, foi rapidamente criada a figura da antecipação de um salário-mínimo mensal, nos termos da Lei nº. 13.982/2020.

O INSS também tomou medidas administrativas adequadas para lidar com a questão relativa ao pedido de prorrogação dos benefícios, concedidos judicialmente ou não, quando a data de cessação (DCB) recaísse durante o período em que vigorou a suspensão do atendimento presencial nas Agências da Previdência Social.

Tais medidas, que denotam o esforço da Autarquia para atender os segurados incapacitados, mesmo diante da grave crise de saúde pública e das determinações de isolamento social vigentes durante o ano de 2020, seguiram previsões normativas específicas, que merecem detalhamento.

2.1. ANTECIPAÇÃO DE 1 (UM) SALÁRIO-MÍNIMO MENSAL AOS REQUERENTES DE AUXÍLIO-DOENÇA

A suspensão do atendimento presencial nas agências do INSS criou um evidente risco de represamento e conseqüente judicialização em massa da quase totalidade dos requerimentos de benefícios por incapacidade, visto que a impossibilidade de continuar laborando, sobretudo diante de uma emergência de saúde pública, recobre-se de urgência na análise e concessão de tais benefícios.

Para evitar o represamento de requerimentos de auxílio-doença à espera do retorno das perícias presenciais, foi estabelecido o pagamento de um salário-mínimo mensal para os requerentes do benefício de auxílio-doença, independente da realização de perícia médica, através da Lei nº. 13.982/2020, que assim dispôs:

Art. 4º Fica o INSS autorizado a antecipar 1 (um) salário-mínimo mensal para os requerentes do benefício de auxílio-doença de que trata o art. 59 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, ou até a realização de perícia pela Perícia Médica Federal, o que ocorrer primeiro.(Vide Decreto nº 10.413, de 2020)

Parágrafo único. A antecipação de que trata o **caput** estará condicionada:

I - ao cumprimento da carência exigida para a concessão do benefício de auxílio-doença;

II - à apresentação de atestado médico, cujos requisitos e forma de análise serão estabelecidos em ato conjunto da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS.

Originalmente, tratava-se de um provimento provisório, sem perícia, que não dispensava, contudo, a realização posterior de perícia presencial.

A Portaria Conjunta ME/SEPRT nº 9381, de 6 de abril de 2020, por sua vez, fixou como condições para o reconhecimento do direito à antecipação de pagamento do benefício auxílio-doença:

Art. 2º Enquanto perdurar o regime de plantão reduzido de atendimento nas Agências da Previdência Social, nos termos da Portaria Conjunta SEPRT/INSS nº 8.024, de 19 de março de 2020, os requerimentos de auxílio-doença poderão ser instruídos com atestado médico.

§ 1º O atestado médico deve ser anexado ao requerimento por meio do site ou aplicativo «Meu INSS», mediante declaração de responsabilidade pelo documento apresentado, e deve observar, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - Estar legível e sem rasuras;

II - Conter a assinatura do profissional emitente e carimbo de identificação, com registro do Conselho de Classe;

III - Conter as informações sobre a doença ou CID; e

IV - Conter o prazo estimado de repouso necessário.

Além dos requisitos específicos acima, deveriam ser observados os demais requisitos legais para a concessão do auxílio-doença, inclusive a carência, quando exigida.

Nota-se, portanto, que a antecipação de um salário-mínimo criada pela Lei nº. 13.982/2020 nada mais é que uma análise objetiva dos atestados médicos, com critérios rígidos normativamente estabelecidos, para não deixar totalmente desamparados os segurados que necessitassem da previdência nesse período pandêmico.

Resta claro que a concessão (ou não) dessa antecipação se deu sem a análise pericial presencial correspondente, ou seja, a data de início da incapacidade é fictícia, eis que foi fixada objetivamente no início do período de repouso.

Desse modo, a decisão pela concessão da antecipação não pressupõe que o requerente preenche todos os requisitos legais, o que somente poderia ser aferido após a perícia presencial que definisse a correta data de início da incapacidade.

Assim, é possível que exista antecipação concedida sem incapacidade ou sem preenchimento dos demais requisitos, já que a perícia médica futura pode vir a concluir que o segurado não estava incapacitado para sua atividade habitual ou que a DII ocorreu na época em que o interessado não possuía qualidade ou carência. Em contrapartida, podem ter ocorrido indeferimentos por meras falhas formais, que seriam resolvidas facilmente pela perícia presencial.

Diante do prolongamento do período de crise e da consequente impossibilidade fática de submeter todos os milhões de requerimentos apresentados no período de suspensão a perícias presenciais, o INSS decidiu convalidar os benefícios que tiveram a antecipação concedida nos termos da Lei nº. 13.982/2020.

Em 02/09/2020, foi editada a PORTARIA CONJUNTA SEPRT/INSS N° 53, que confirmou a concessão do benefício de auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença) aos segurados que receberam a antecipação do pagamento relacionado ao referido benefício com fundamento no art. 4º da Lei nº 13.982, aplicando-se às antecipações que tenham sido concedidas até 2 de julho e que não foram objeto de prorrogação após essa data.

Em 20/11/2020, a PORTARIA CONJUNTA SEPRT/INSS N° 84 estendeu o disposto na Portaria Conjunta nº 53 às antecipações do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença) concedidas entre 3 de julho e 31 de outubro de 2020, e que não foram objeto de prorrogação após essa data, e em 15/12/2020, a PORTARIA CONJUNTA SEPRT/INSS N° 91 estendeu novamente às antecipações do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença) concedidas no período de 1º a 30 de novembro de 2020, e que não foram objeto de prorrogação após essa data.

Considerando que a confirmação da antecipação se deu mediante reconhecimento de uma DII fictícia (fixada na data de início do repouso), Portaria Conjunta nº. 53 deixou clara a possibilidade de revisão da concessão:

Art. 4º Para os fins do disposto no art. 3º:

I - A data do início do repouso será considerada como Data do Início da Incapacidade - DII e Data de Início da Doença - DID, sem prejuízo de posterior revisão; e

II - A Data de Cessação do Benefício - DCB corresponderá à data do início do repouso acrescida da quantidade de dias do repouso, subtraída de um dia.

Parágrafo único. A DII descrita no inciso II do caput deve ser posterior a 4 de fevereiro de 2020.

Art. 5º Fica assegurado o direito de revisão dos benefícios concedidos com base nesta Portaria, observado o disposto nos art. 103 e art. 103-A da Lei nº 8.213, de 1991.

Obviamente, tanto a possibilidade de antecipação de um salário-mínimo quanto a posterior confirmação destas antecipações (ambas sem perícia presencial) demonstram um esforço da Autarquia para atender prontamente aos segurados que necessitaram da Previdência e evitar a judicialização em massa decorrente do regime de plantão criado em 2020, mas devem ser vistas com ressalvas na análise de benefícios futuros, sendo levada em conta a situação de extrema excepcionalidade criada pela pandemia do COVID-19.

2.2. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA

A Portaria Conjunta ME/SEPRT nº 9381, de 6 de abril de 2020, estabeleceu também a possibilidade de prorrogação automática dos benefícios ativos com base no prazo de afastamento da atividade informado no atestado médico anterior ou mediante apresentação de novo atestado médico.

Nesse sentido, apresentado o pedido de prorrogação pelo segurado dentro do prazo previsto em lei, o benefício seria automaticamente prorrogado nos termos da IN/INSS/PRES nº 90 de 17 de novembro de 2017 e da Portaria INSS/PRES nº 552 de 27 de abril de 2020:

IN/INSS/PRES nº 90/2017

Art. 1º Fica estabelecido que os Pedidos de Prorrogação - PP dos benefícios de auxílio-doença, realizados no prazo estabelecido no inciso I do § 2º do art. 304 da Instrução Normativa - IN nº 77/

PRES/INSS, de 21 de janeiro de 2015, devem observar os seguintes procedimentos:

(...)

II - Quando o tempo de espera para realização da avaliação médico-pericial ultrapassar trinta dias, o benefício será prorrogado por trinta dias, sem agendamento da avaliação médico-pericial, sendo fixada DCA, exceto se:

- a) a última ação foi judicial;
- b) a última ação foi de restabelecimento; e
- c) a última ação foi via Recurso Médico (seja via rotina de Recurso ou via rotina de Revisão Analítica, após o requerimento de Recurso).

§ 1º Após a segunda solicitação de prorrogação do caso elencado no inciso II do caput, obrigatoriamente será agendado o exame médico pericial.

(...)

§ 4º Em quaisquer dos casos dispostos nos incisos do caput, findo o prazo de prorrogação, caso o segurado sinta-se apto, poderá retornar ao trabalho sem necessidade de perícia médica.

PORTARIA INSS/PRES nº 552/2020:

Resolve:

Art. 1º Alterar, até que termine a suspensão do atendimento presencial nas Agências da Previdência Social, para:

I - 6 (seis) o limite máximo de pedidos de prorrogação que, ao serem efetivados, gerarão prorrogação automática do benefício - PMAN, definido no § 1º do art. 1º da Instrução Normativa - IN nº 90/PRES/INSS, de 17 de novembro de 2017; e

II - Para 1 (um) dia o prazo de agendamento citado no inciso II do art. 1º da IN nº 90/PRES/INSS, de 2017.

§ 1º Ficam afastadas as restrições previstas nas alíneas «a» a «c» do inciso II do art. 1º da IN nº 90/PRES/INSS, de 2017, permitindo assim, a prorrogação automática em benefícios judiciais, ou, em que a última ação tenha sido de restabelecimento, ou ainda, via recurso médico.

§ 2º A quantidade citada no inciso I será verificada automaticamente.

Dessa forma, a normatização deixa clara a possibilidade de o benefício ser prorrogado automaticamente por até 6 (seis) meses, a depender de como evoluisse o cenário de crise. Trata-se de medida administrativa que equilibrou a necessidade de controle e acompanhamento desses benefícios, com a impossibilidade momentânea de realização de perícia.

3. AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO X QUARENTENA X AFASTAMENTO PREVENTIVO AOS GRUPOS DE RISCO

Um dos pontos cruciais que o presente artigo pretende enfrentar é diferenciar a incapacidade geradora do direito ao auxílio-doença (benefício previdenciário nos termos do artigo 59 da Lei nº. 8.213/91) da quarentena da Lei nº. 13.979/2020 e do afastamento preventivo concedido a pessoas do grupo de risco.

Isso porque foi (e ainda é) recorrente a apresentação de requerimento de auxílio-doença para pessoas que não estão, de fato, incapacitadas, mas apenas estão afastadas do trabalho preventivamente, seja porque tiveram contato com o vírus ou porque possuem comorbidades que indicam maior risco de desenvolvimento da forma grave da doença.

A chamada quarentena foi estabelecida pela Lei nº. 13.979/2020, de 6 de fevereiro de 2020, que trouxe medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, objetivando a proteção da coletividade.

De acordo com o texto legal, quarentena é a restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus no Brasil (artigo 2º, II).

Segundo a referida Lei, será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência chamado por essa lei de quarentena, ficando claro que é obrigação do empregador remunerar esse afastamento (artigo 3º, § 3º).

Não há, portanto, qualquer discussão sobre a responsabilidade para a remuneração do período de afastamento nos termos da Lei nº. 13.979/2020, eis que a lei foi expressa ao conferir tal obrigação ao empregador.

Em contrapartida, também não há dúvidas de que faz jus ao auxílio-doença do artigo 59 da Lei nº. 8.213/91 o segurado que estiver incapacitado para sua atividade habitual por período superior a 15 dias, em decorrência do coronavírus, eis que preenchidos os requisitos legais para tal.

O impasse surge quando é concedido o afastamento preventivo a pessoas que não estão doentes, mas são consideradas grupos de risco para desenvolver a forma mais grave da doença (cardíacos, obesos, diabéticos, grávidas, etc.) e, por isso, faz-se a opção de poupá-las da atividade presencial, reduzindo seu contato com outras pessoas.

Nesse caso, a pessoa evidentemente não está incapacitada e um eventual atestado médico que afirme isso estará equivocado.

Como já mencionado, o fato gerador do auxílio-doença, de acordo com o artigo 59 da Lei nº. 8.213/91, é a incapacidade para a atividade habitual por período superior a 15 dias.

Importante destacar que o risco, geralmente, não é do trabalho. Com raríssimas exceções, não há como comprovar o nexos causal entre a contaminação pelo coronavírus e o exercício da atividade laboral.

Há relatos, inclusive, de profissionais de saúde que foram contaminados quando estavam em férias, entre familiares e amigos, e não no contato direto com os pacientes com COVID-19.

Mesmo pessoas que foram afastadas do trabalho por pertencerem a grupo de risco, podem ter contato com a doença em outras atividades fora de casa ou ao realizarem as compras essenciais da residência (supermercado, farmácia), ou seja, não deixam totalmente de se expor.

Fica claro, portanto, que não é obrigação do INSS o pagamento do período de afastamento preventivo, simplesmente pela ausência de previsão legal, eis que não há o fato gerador do benefício, que é a incapacidade.

Vale lembrar que, diante da impossibilidade clara de o Estado prover, incondicionalmente, o sustento de todo e qualquer cidadão, um dos princípios constitucionais expressos que regem a seguridade social é a seletividade (artigo 194, § único, III, da Constituição Federal).

Em respeito a tal princípio, cabe ao legislador escolher quais as eventualidades que serão suportadas pelo Estado, possibilitando a gestão e racionalização do dispêndio dos recursos públicos.

A Constituição Federal veda, ainda, a criação, majoração ou extensão de qualquer benefício ou serviço da seguridade sem a correspondente fonte de custeio (de acordo com a regra do artigo 195, § 5º).

Ressalta-se, portanto, que o risco à saúde não é evento coberto pela seguridade social, mas apenas a incapacidade efetiva, devidamente constatada por meio da realização de exame médico e que se enquadre nos requisitos legais estabelecidos pela Lei nº. 8.213/91.

O artigo 201, I, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 103/2019, deixa claro que a previdência social atenderá, na forma da lei, a cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho.

Para tais eventos, a legislação ordinária prevê a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, respectivamente, nos termos dos artigos 59 e 42 da Lei nº. 8.213/1991.

Inexistindo previsão legal de pagamento de benefício em face do mero risco à saúde, eventual concessão de auxílio-doença nesse caso ofenderia, ainda, o princípio da isonomia, pois a universalização da cobertura em questão é claramente inviável.

Caso o empregador opte por afastar o funcionário pertencente ao grupo de risco, será ele o responsável pelo pagamento do período em questão. Esse afastamento, no entanto, não é obrigatório. Não há lei obrigando o empregador a afastar tais colaboradores, mas mera recomendação.

4. ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR PERTENCENTE A GRUPO DE RISCO

Como já esclarecido, o trabalhador pertencente a grupo de risco não pode ser considerado incapaz para a sua atividade, eis que ainda não adquiriu a doença incapacitante, logo, não preenche os requisitos legais para ser afastado pelo INSS, em conformidade com o artigo 59.

Caso o empregador opte por afastar o funcionário do trabalho presencial, pode readequá-lo em outra atividade, com menor exposição (sem atendimento ao público, por exemplo), autorizar o trabalho total ou parcialmente em home office, ou, caso opte por manter o colaborador trabalhando, deverá oferecer equipamentos de proteção individual para tornar mais seguro o exercício da atividade.

Ainda que não tenha sido esse o objetivo governamental ao editar a Medida Provisória nº. 936, convertida na Lei nº. 14.020/2020 (Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda), não há qualquer impedimento à utilização pelo empregador da suspensão temporária do contrato de trabalho nos termos daquela lei, para possibilitar o afastamento de pessoas do grupo de risco, desde que limitada a suspensão ao período de calamidade pública decretado (até 31/12/2020, conforme Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020), com o correspondente pagamento do Benefício Emergencial de Preservação

do Emprego e da Renda pela União, tendo como base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito

A Lei nº. 14.020, em seu artigo 22, inclusive, expressamente autoriza a suspensão do contrato de trabalho das gestantes, afastando qualquer dilema em face da estabilidade legal e fixando que a estabilidade vai se prolongar por período equivalente ao acordado para a suspensão temporária do contrato de trabalho, contado a partir do término do período da garantia estabelecida na alínea “b” do inciso II do caput do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Ministério Público do Trabalho, ao longo de 2020, emitiu diversas notas técnicas³ com o objetivo de promover e proteger a saúde do trabalhador, bem como reduzir os impactos negativos trabalhistas decorrentes da pandemia de infecções por COVID-19.

Através do GRUPO DE TRABALHO GT COVID-19, instituído pela Portaria nº. 470/2020, o MPT editou a NOTA TÉCNICA 16/2020 DO GT NACIONAL COVID-19⁴, recomendando às empresas, sindicatos e órgãos da administração pública que adotassem as seguintes medidas e diretrizes, para garantir a proteção de trabalhadoras e trabalhadores em grupo de risco ou que convivam com familiares do grupo de risco:

01. RETIRAR da organização das escalas de trabalho presencial as pessoas trabalhadoras que se encontrem inseridas nos grupos de risco identificados pelos órgãos de saúde, tais como: maiores de 60 (sessenta) anos de idade, gestantes, lactantes, doentes cardíacos, diabéticos, doentes renais crônicos, doentes respiratórios crônicos, transplantados, portadores de doenças tratados com medicamentos imunodepressores e quimioterápicos;

02. GARANTIR, sempre que possível, às trabalhadoras e trabalhadores do grupo de risco, bem como àqueles responsáveis pelo cuidado de pessoas do grupo de risco, o direito a realizar as suas atividades laborais de modo remoto (home office), por equipamentos e sistemas informatizados, quando compatível com a função;

03. GARANTIR que trabalhadoras e trabalhadores do grupo de risco, bem como àqueles responsáveis pelo cuidado de pessoas do grupo de

3 Disponível em: [<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/coronavirus-veja-aqui-as-notas-tecnicas-do-mpt>]. Acesso em 10/03/2021.

4 NOTA TÉCNICA 16/2020 DO GT NACIONAL COVID-19. Disponível em: [<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/v-nota-tecnica-n-16-trabalhadores-e-trabalhadoras-grupo-de-risco-gt-covid-19.pdf>]. Acesso em 10/03/2021.

risco, sejam dispensados do comparecimento ao local de trabalho, no caso de não ser compatível a sua realização na modalidade home office, com remuneração assegurada, nos termos do artigo 2º, II, e artigo 3º, § 3º, da Lei n. 13.979/2020, durante todo o período em que haja acentuado risco de contaminação no convívio social, podendo ser realizado o afastamento igualmente pautado em medidas alternativas, como interrupção do contrato de trabalho; concessão de férias coletivas, integrais ou parciais; suspensão dos contratos de trabalho (lay off), suspensão do contrato de trabalho para fins de qualificação (art. 476-A da CLT), entre outras permitidas pela legislação vigente, aptas a garantir o distanciamento social, tendo em vista a condição de grupo de risco;

04. GARANTIR às trabalhadoras e aos trabalhadores que convivam com pessoas do grupo de risco que realizem as suas atividades de modo remoto (home office), assegurando que, na impossibilidade da execução das funções nessa modalidade que, sucessivamente, seja adotado plano de contingenciamento, designando-os para outra modalidade de teletrabalho em setores de menor risco de contágio (seja em setores com reduzido número de trabalhadores, em espaços arejados ou isolados), com direito a rodízio de escalas de jornada e a horários de trabalho que permitam o deslocamento por transporte público fora dos horários de maior movimento, quando não seja garantido o transporte fretado;

05. ACEITAR a autodeclaração do empregado a respeito do seu estado de saúde, relacionado a sintomas do COVID 19, bem como o atestado de saúde familiar, observados os requisitos do art. 3º, §1º da Portaria GM n. 454, de 20/03/2020: “o atestado emitido pelo profissional médico que determina a medida de isolamento será estendido às pessoas que residam no mesmo endereço, para todos os fins, incluindo o disposto no § 3º do art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020”, ressalvando a possibilidade de adotar sanções disciplinares diante de declaração falsa.

06. GARANTIR, na hipótese de serem necessárias dispensas, em razão de queda expressiva de faturamento e/ou necessidade de redução de quadro de pessoal em razão de diminuição de ritmo de produção em decorrência dos efeitos da situação de emergência em razão da pandemia da Covid-19, que sejam observados os critérios de transparência, bem como se realize negociação coletiva com os entes sindicais, conforme diretrizes da Nota Técnica n. 08/2020.

Em 2021, o mesmo Grupo de Trabalho emitiu a NOTA TÉCNICA 01/2021⁵ sobre a proteção à saúde e igualdade de oportunidades no trabalho para trabalhadoras gestantes em face da segunda onda da pandemia do COVID 19, com recomendações semelhantes à normativa anterior, dessa vez direcionadas às gestantes.

Fica evidenciado, portanto, que o afastamento dos trabalhadores pertencentes a grupos considerados de risco para o desenvolvimento da forma grave do coronavírus, quando realizado preventivamente, não pode resultar na concessão de auxílio-doença, por não se enquadrar na hipótese legal da Lei n.º. 8.213/91.

CONCLUSÃO

O ano de 2020 foi desafiador para toda a humanidade. A crise decorrente da pandemia do COVID-19 se espalhou pelo mundo e obrigou os diferentes governantes e a sociedade civil a criarem soluções paliativas, para fazer frente à emergência de saúde pública mundial, em um esforço coordenado para tentar reduzir ao mínimo o impacto econômico dela decorrente.

A suspensão do atendimento presencial nas diferentes repartições públicas serviu de exemplo para toda a população sobre a necessidade de isolamento/distanciamento social para a contenção do vírus.

Especificamente no que concerne à Previdência Social, o INSS buscou criar soluções que reduzissem o impacto dessa suspensão, concedendo antecipações de um salário-mínimo aos requerentes de auxílio-doença e prorrogando benefícios vigentes mediante mero requerimento (sem perícia).

Ante a gravidade do cenário, as antecipações concedidas em 2020 foram convalidadas em benefícios por incapacidade temporária (auxílios-doença) e os segurados receberam as diferenças correspondentes.

Importante frisar, no entanto, que o artigo 59 da Lei n.º. 8.213/91 não foi alterado, ou seja, o benefício previdenciário de auxílio-doença apenas será devido quando houver incapacidade para a atividade habitual por período superior a 15 dias, ou seja, não é obrigação do INSS pagar o período de afastamento preventivo decorrente da quarentena da Lei n.º. 13.979/2020 ou eventualmente concedido pelo empregador aos funcionários pertencentes aos chamados grupos de risco do Covid-19.

Além disso, a antecipação de um salário-mínimo e a posterior confirmação destas antecipações (ambas sem perícia presencial), embora demonstrem um esforço da Autarquia para atender prontamente os segurados que necessitaram da Previdência e evitar a judicialização em massa decorrente

⁵ NOTA TÉCNICA 01/2021 DO GT NACIONAL COVID-19. Disponível em: [https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-gestante-gt-covid-19-assinada-2.pdf]. Acesso em 10/03/2021.

do regime de plantão criado em 2020, devem ser vistas com ressalvas na análise de benefícios futuros, sendo levada em conta a situação de extrema excepcionalidade criada pela pandemia do COVID-19, sobretudo porque tais concessões foram baseadas numa DII fictícia.

O ano de 2021 trouxe consigo outra onda da pandemia, possivelmente mais grave que a anterior, com a circulação de novas cepas do coronavírus, aparentemente com maior transmissibilidade e potencialmente mais letais que aquela circulante em 2020. Por outro lado, infelizmente, a vacinação em massa ainda está distante de ser uma realidade no país.

Diante desse cenário, o artigo 6º da Lei nº. 14.131, de 30 de março de 2021, autorizou o INSS a conceder o benefício de auxílio por incapacidade temporária de que trata o artigo 59 da Lei nº. 8.213/91 mediante apresentação pelo requerente de atestado médico e de documentos complementares que comprovem a doença informada no atestado como causa da incapacidade.

Essa dispensa de perícia, no entanto, terá caráter excepcional, com validade até 31 de dezembro de 2021, e o benefício por incapacidade temporária dela decorrente não poderá ter duração superior a 90 dias, nem estará sujeito a pedido de prorrogação (eventual necessidade de acréscimo ao período inicialmente concedido, ainda que inferior a noventa dias, estará sujeita a novo requerimento).

Os requisitos para apresentação e a forma de análise do atestado médico e dos documentos complementares foram estabelecidos pela PORTARIA CONJUNTA SEPRT/ME/INSS Nº 32, DE 31 DE MARÇO DE 2021, ato conjunto da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS, que restringiu a aplicabilidade de tal procedimento especial às unidades com atendimento da Perícia Médica Federal alcançadas por uma das seguintes situações:

I - Impossibilidade de abertura devido a adoção de medidas de isolamento, quarentena ou restrição à circulação de pessoas determinada em ato dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou em decisão judicial, ou outra razão que impeça o regular funcionamento dos serviços da Perícia Médica Federal;

II - Redução da força de trabalho dos servidores da Perícia Médica Federal disponível para atendimento presencial acima de vinte por cento da capacidade operacional da unidade, em razão das orientações estabelecidas pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, na condição de órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal (SIPEC), e atos complementares da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho; ou

III - Agendamento para atendimento presencial pelo serviço da Perícia Médica Federal com tempo de espera superior a sessenta dias.

Relevante destacar, no entanto, que não há previsão de nova suspensão do atendimento presencial em âmbito nacional, mas, como houve interrupção no ano passado, muitos pedidos de auxílio ainda estão represados e o novo texto legal usa essa justificativa para retomar a concessão do benefício por meio de envio de atestado a distância, chamado por especialistas de “perícia documental”⁶.

Espera-se que, ancorada na expertise conquistada em 2020, a Autarquia consiga responder prontamente aos desafios que a pandemia ainda trará, sem desamparar os segurados que dela dependem.

REFERÊNCIAS

DALL'AGNOL, Laísa. Auxílio-doença do INSS sem perícia médica pode voltar em 2021. Folha de São Paulo, São Paulo, 09 mar.2021. Disponível em: [<https://agora.folha.uol.com.br/grana/2021/03/auxilio-doenca-do-inss-sem-pericia-medica-pode-voltar-em-2021.shtml?origin=folha>]. Acesso em: 12/03/2021.

DESEMPREGO. IBGE, 2021. Disponível em: [<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>]. Acesso em: 23/02/2021.

NOTA TÉCNICA 16/2020 DO GT NACIONAL COVID-19. Disponível em: [<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/v-nota-tecnica-n-16-trabalhadores-e-trabalhadoras-grupo-de-risco-gt-covid-19.pdf>]. Acesso em 10/03/2021.

NOTA TÉCNICA 01/2021 DO GT NACIONAL COVID-19. Disponível em: [<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-gestante-gt-covid-19-assinada-2.pdf>]. Acesso em 10/03/2021.

ORGANIZAÇÃO mundial da saúde declara pandemia do novo coronavírus. UNASUS, 2020. Disponível em: [<https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>]. Acesso em: 23/02/2021.

6 DALL'AGNOL, L. Auxílio-doença do INSS sem perícia médica pode voltar em 2021. Folha de São Paulo São Paulo, 09 mar.2021. Disponível em: [<https://agora.folha.uol.com.br/grana/2021/03/auxilio-doenca-do-inss-sem-pericia-medica-pode-voltar-em-2021.shtml?origin=folha>]. Acesso em: 12/03/2021.

O REGIME JURÍDICO DAS PERÍCIAS MÉDICAS NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE NA LEI 13.982/2020

*THE LEGAL REGIME OF MEDICAL EXPERTISE IN SOCIAL
SECURITY BENEFITS AFTER ACT 13.982/2020*

Henrique Beux Nassif Azem

*Procurador Federal, com atuação na Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios por
Incapacidade da 1ª Região. Especialista em Direito do Estado pela Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.*

Renata Maria De Brito Azevêdo

*Procuradora Federal, com atuação na Equipe de Trabalho Remoto em Benefícios
por Incapacidade da 1ª Região. Especialista em Direito Internacional pela Faculdade
Estácio de Sá.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Os novos paradigmas da administração pública: digitalização e eficiência na prestação de serviços; 2. A lei 13.982/2020, as perícias médicas e a prestação do serviço público de previdência social; 3. A discussão judicial sobre a antecipação do auxílio por incapacidade temporária; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O artigo examina as inovações procedimentais inauguradas com a Lei n.º 13.982, de 2 de abril de 2020, que criou, no contexto da pandemia do novo Coronavírus, a figura da antecipação no pagamento do auxílio por incapacidade temporária pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. O trabalho analisa a antecipação do benefício a partir da perspectiva do dever de proteção estatal, do princípio da eficiência da Administração Pública e da prevalência do interesse público, procurando responder se a nova sistemática implantada e sua efetiva combinação constituem-se no melhor modo de entrega efetiva da prestação previdenciária ao segurado da Previdência Social.

PALAVRAS-CHAVE: Dever de Proteção Estatal. Princípio da Eficiência. Benefício por Incapacidade Temporária. Perícias Médicas. Antecipação.

ABSTRACT: The article analyses the procedural innovations given by Act n. 13.982 of April 2nd, 2020, in the context of the new Coronavirus pandemic, in respect to advanced payment of the social security benefit of temporary disablement by the National Social Security Agency in Brazil. The paper analyses the benefit from the perspective of State's duty of protection, the principle of efficiency of Public Administration and guard of public interest, examining whether the new procedures are the best way of deliverance of the social security protection to the worker.

KEYWORDS: State's Duty of Protection. Principle of Efficiency. Disablement Benefit. Medical Expertise. Advance Payment.

INTRODUÇÃO

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu que se iniciava no mundo uma pandemia que, pouco tempo depois, se espalharia e causaria impactos sanitários e econômicos em todos os continentes.

No Brasil, tal reconhecimento foi realizado pelo Decreto Legislativo n. 6, que em 20 de março de 2020 certificou a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n.º 93, de 18 de março de 2020.

Diante do cenário da pandemia mundial causada pelo Coronavírus e da necessidade de adoção de providências que minorassem os efeitos negativos aos segurados (do Regime Geral de Previdência Social - RGPS) dotados de incapacidade para o trabalho, tidos com razão como mais vulneráveis nesse contexto, foi promulgada a Lei n.º 13.982/2020, que autorizou o pagamento de antecipação do benefício por incapacidade temporária, no valor de um salário-mínimo, mediante procedimento digital e análise preliminar pela perícia médica.

O processo de concessão da antecipação tem presente, em seu âmago (mesmo que isso tenha passado despercebido por seus formuladores), uma nova visão de Administração Pública, que faz chegar ao usuário final do serviço público de Seguridade Social - que se encontra em situação de vulnerabilidade social - o benefício a que faz jus, de maneira efetiva e mais célere.

Preserva-se, igualmente, o interesse público, uma vez que é feita análise preliminar dos requisitos de concessão, podendo, ao final, ser confirmado o benefício e sujeitando eventuais infratores à responsabilidade em caso de má-fé.

O presente artigo abordará o regime das perícias médica sob a sistemática inaugurada pela Lei, analisando-o sob a perspectiva da entrega de um bem da vida ao cidadão.

1. OS NOVOS PARADIGMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DIGITALIZAÇÃO E EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

A teoria do dever de proteção (*Schutzpflicht*) do Estado possui estrutura a relação do Estado com o cidadão. Ao contrário da visão liberalista clássica do século XIX, as fontes mais modernas indicam que, como contraprestação ao monopólio estatal da força, aceitou-se que o Estado promoverá a liberdade dos cidadãos *por meio* da lei. Marcelo Schenk DUQUE (2019, p. 307) indica que a submissão dos órgãos estatais à

Constituição é a base da teoria dos deveres de proteção, no qual se assenta a necessidade de o Poder Público proteger bens jurídicos fundamentais de seus cidadãos.

O art. 37 da Constituição Federal consagra, desde a Emenda Constitucional 19/1998, a eficiência como princípio da Administração Pública.

Os desdobramentos e a concreção, na prática, do princípio, em que pese tenha sido introduzido há mais de duas décadas na ordem constitucional, permanecem ainda incertos.

AYRES BRITTO (2018) consigna que a Administração Pública extrai sua legitimidade do princípio da legalidade e atua conforme os quatro modos de aplicá-la, traduzidos na impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Almiro do COUTO E SILVA (1997), escrevendo sobre a participação do indivíduo nas tarefas públicas, assim lecionava:

O recuo do Estado já ampliou e haverá de ampliar ainda mais o campo do setor privado. O Estado, porém, não poderá deixar de ter entre os seus fins mais eminentes a realização da Justiça material, sob pena de desqualificar-se como Estado de Direito. Novas parcerias e modalidades de colaboração dos indivíduos com o setor público ou destes com os particulares, por meios de direito público ou de direito privado, haverão certamente de desafiar ainda mais agudamente a imaginação dos juristas no milênio que se aproxima.

Mais proximamente, a Lei da Liberdade Econômica – Lei 13.874/2020¹ elencou como um dos princípios a boa-fé do particular perante o poder público²; bem assim, o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Da mesma forma, a recente Lei 14.129, de 29 de março de 2021, estabeleceu os princípios, regras e instrumentos do Governo Digital, visando ao aumento frente ao Poder Público. Por seu turno, a Lei 14.129 dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital a para o aumento da eficiência pública, tendo

1 “Art, 1º, § 1º O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.”

2 O dever de boa-fé objetiva, como sabido, está inserido, como cláusula geral, no art. 422 do Código Civil. Também o art. 187 do Código, em relação aos atos ilícitos, assenta que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” A proteção à boa-fé do administrado também está evidente na Lei 13.655/2018, que introduziu novos artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Sobre a proteção à confiança legítima e a relação entre Administração e administrado, cf. MAFFINI, 2017.

como princípios, por exemplo, a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis (art. 3º, inc. I), o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho da administração pública (inc. VIII), a eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido (inc. XI), a presunção de boa-fé do usuário dos serviços públicos (inc. XV).

No nível infralegal, o Decreto n. 10.332/2020 estabeleceu a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022 no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e propôs, como eixo temático de uma transformação digital, tornar o Governo federal mais acessível à população e mais eficiente em prover serviços ao cidadão.³

Diante desse panorama, a questão que se sobremodo coloca é a do caráter técnico da Administração Pública e a entrega efetiva do serviço público devido ao cidadão.

Trata-se da noção de “boa Administração Pública”, prevista, por exemplo, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu art. 41,⁴ cuja fundamentação é a própria legitimidade do Estado, em especial sob o ponto de vista expectativa do cidadão de ter provida sua proteção.

REVERBEL (2018, p. 69) consigna que “o Governo há de criar as demandas políticas, indicando a direção exata da direção em que o país marcha”,⁵ ao passo que “a Administração, na base, concretiza essas políticas, aplica as melhores técnicas para a realização do que foi preordenado pelo Governo”.

3 Art. 1º, §2º, II, b, do Decreto 9.319/2018, com a redação dada pelo Decreto 10.332/2020. Anote-se que o Brasil passou a integrar o grupo de países do grau muito alto no índice de E-Governo conforme a Organização das Nações Unidas. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. E-Government Survey 2020: Digital Government in the Decade of Action of Sustainable Development. Nova Iorque, 2020, disponível em [https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20\(Full%20Report\).pdf](https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20(Full%20Report).pdf), acesso em 19.03.2021.

4 “Artigo 41.o Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigaçao, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito a reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.”

5 O surgimento das funções de Governo e seu contexto é bem descrito por José Levi Mello do AMARAL JÚNIOR (2004), quando analisa a alteração da função da lei na passagem do Estado Liberal Clássico para o Estado Social. Nesse último, ela assume a função de expressão da vontade da maioria organizada no Parlamento, sujeita às vicissitudes das ideologias e das composições partidárias.

O cidadão deve ser tido como credor da atuação estatal, imparcial, técnica e apartidária.⁶ Escrevendo sobre a Alemanha pré-Segunda Guerra, OTTMAR BÜHLER (1931, p. 127) afirma que a positividade na Constituição se deu em razão da insana influência dos partidos na provisão dos cargos públicos, principalmente após a Guerra.

Phillip KUNIG (1998, p. 131) afirma que, como a Administração e partidos tomam decisões políticas, é desejável que esteja a primeira separada da segunda, na medida em que pode haver conflito entre ambos. Com efeito, a Administração só pode tomar decisões baseadas em requerimentos formulados pelos partidos, desde que eles tenham amparo jurídico suficiente. Por essa razão, erige-se o princípio da neutralidade da Administração.⁷

Dessa forma, conclui-se que o objetivo final da prestação da atuação administrativa é a boa prestação de serviços públicos ao cidadão, de modo todo aquele que possui direito a alguma prestação estatal – de acordo com os requisitos legais, i.e., com o princípio da legalidade – veja-o satisfeito, sem intercorrências desnecessárias.

Por outro lado, a Seguridade Social é um direito constitucionalmente estabelecido no art. 194, compreendendo, como cediço, a saúde, a previdência e a assistência social. Conforme a construção do constitucionalismo social, o Estado deve outorgar aos cidadãos prestações positivas, com vistas a uma maior igualdade material (SILVA, 2019, p. 287-289).

No âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, desde 2018 iniciou-se a preocupação com a digitalização de serviços como corolário da eficiência administrativa.⁸

6 Veja-se o que escreveu a respeito o Visconde do Uruguai: “Em todas as medidas gerais a administração deve conformar-se, no cumprimento de seus deveres oficiais, com as vistas do poder político, porquanto seria a sua resistência, a má vontade, uma fonte de desordens. Mas se assim é no que diz respeito à marcha e pensamento geral devem, contudo os dois poderes ser considerados como separados, não para se contrariarem, mas sim para conter-se, cada um nos seus limites e condições respectivas, todas as vezes que se tratar da execução das leis, de pormenores e das relações entre os administradores e os administrados” (SOUSA, 2002, p. 93-91).

7 STERN, 1987, p. 657-658. Interessante estudo sobre o patronato político partidário no contexto europeu é trazido em KOPERCKÝ e SCHERLIS (2008, P. 355). Afirmam os autores que a razão para a prática da patronagem ter decaído em Europa e nos Estados Unidos relacionam-se com o processo de modernização. “By definition, mass parties implied a universalistic conception of politics, based on programmatic appeals structured along cleavages of ideology, religion, or class (...) Capitalist development and its by-products, urbanization, factory production, and new forms of communication and transportation, paved the way for new, more horizontal, patterns of interest aggregation and articulation. Collective organizations – mass parties being the main example – replaced traditional bonds of representation. Modernization would have turned patronage obsolete.” No Brasil, clássico é FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

8 Segundo BARBOSA e FUNDÃO (2020, p. 22): “Em 2018 já iniciava o INSS Digital, novo modelo de atendimento. Na época não se sabia como seria a repercussão, se positiva ou negativa, contudo em época de pandemia pelo Novo Coronavírus, ousamos afirmar que tem sido ferramenta de extrema importância aos

Por outro lado, conforme bem anotam BALTAZAR JUNIOR e ROCHA (2017, p. 6) a Previdência Social, em geral, e os benefícios por incapacidade, em especial, servem à cobertura do risco social⁹ decorrente da impossibilidade do exercício do trabalho, notadamente a incapacidade laborativa.¹⁰

A necessidade de perícia médica para o deferimento de benefícios previdenciários por incapacidade é dada pelo art. 42, §1º, da Lei 8.213/91:

Art. 42. ...

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

Em relação ao auxílio por incapacidade temporária, dispõe o art. 71 do Decreto n. 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto 10.41/2020, que ele será devido ao segurado que, uma vez cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos, *conforme definido em avaliação médico-pericial*.

A perícia administrativa é realizada pelo Médico Perito, carreira criada pela Lei n. 13.846/2019, servidor estatutário, integrantes dos quadros do Ministério da Economia, com garantias constitucionais, atualmente denominado Perito Médico Federal.

Durante o exame médico, esse servidor avalia a existência ou não da doença alegada, bem como se ela acarreta algum impedimento para sua atividade laborativa, em resumo: se há ou não incapacidade para o trabalho e por quanto tempo persistiria o quadro.

Segurados. Na época da implantação do INSS Digital, a finalidade era de modernizar os serviços e melhorar o atendimento aos cidadãos, com o argumento de que a tramitação eletrônica tornaria mais ágil a análise dos requerimentos, sem contar com o encerramento, por exemplo, da destruição de processos encaminhados entre as Agências, já que o INSS conta hoje com mais de sete milhões de usuários cadastrados”.

9 Confira-se a definição dos autos em comentário ao art. 1º da Lei 8.213/91: “O termo risco social é empregado para designar os eventos, isto é, os fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais da vida, em especial a obtenção de rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas, pois nesses momentos críticos, normalmente não podem ser satisfeitas pelo indivíduo”.

10 A Portaria INSS/PRESI n.º 950, de 3 de abril de 2020, em conformidade os termos trazidos pela Emenda Constitucional 103/2019, alterou a nomenclatura dos benefícios por incapacidade: o auxílio-doença passou a se chamar auxílio por incapacidade temporária, ao passo que a aposentadoria por invalidez foi denominada aposentadoria por incapacidade permanente.

Com efeito, verificada a condição de incapacidade mediante exame médico-pericial, o benefício a ser deferido dependerá do grau da incapacidade analisada. Conforme lecionam RUBIN e DALL'ALBA (2020, p. 612-613):

Trata-se de benefício concedido por prazo indeterminado, mantido até que seja formada conclusão segura sobre a estabilização do quadro infortunistico⁵. A partir daí o expert autárquico deve determinar: a) o retorno do trabalhador ao mercado de trabalho, quando estiver 100% apto; b) encaminhá-lo à reabilitação profissional, quando houver dúvidas sobre a real extensão da sua aptidão ou quando entender oportuno que passe por algum procedimento conservador antes de retorno ao mercado de trabalho; c) o retorno do trabalhador ao mercado de trabalho, com a contraprestação do auxílio-acidente, quando estiver apto com restrições definitivas as suas tradicionais atividades laborais; d) a transformação do benefício auxílio-doença na aposentadoria por invalidez, quando a convicção é a de que o obreiro não terá mais condições de retorno ao mercado de trabalho para desenvolvimento de atividade laboral que lhe garanta a subsistência.

Fato é que o deferimento do auxílio por incapacidade temporária reclama realização de perícia médica. Com efeito, o Laudo Médico Pericial – LMP é a peça básica médico legal do processo por incapacidade quanto à sua parte técnica (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2018, p. 33).

O Parecer 9/2006 do Conselho Federal de Medicina, por seu turno, assim estabelece:

2. O exame médico pericial é um ato médico. Como tal, por envolver a interação entre o médico e o periciando, deve o médico perito agir com plena autonomia, decidindo pela presença ou não de pessoas estranhas ao atendimento efetuado, sendo obrigatórias a preservação da intimidade do paciente e a garantia do sigilo profissional, não podendo, em nenhuma hipótese, qualquer norma, quer seja administrativa, estatutária ou regimental, violar este princípio ético fundamental.

Quanto às atribuições dos peritos médicos para a realização da perícia quanto à presença, ou não, de capacidade laborativa, dispõe o Parecer CFM n.º 6, de 26 de fevereiro de 2016:

A determinação da capacidade laboral para fins previdenciários, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), compete ao

perito médico da Previdência Social; no âmbito criminal, compete ao perito legista e no âmbito judicial de forma geral, a competência é de médico designado como perito, não havendo obrigatoriedade que seja especialista na doença que acomete o periciado.

O deferimento de benefícios previdenciários, dentro do paradigma da teoria geral do direito, é classificado como atos jurídicos em sentido estrito.¹¹

Com efeito, preenchidos os requisitos legais, a consequência jurídica é o nascimento do direito subjetivo à parte daquela prestação previdenciária. Aliado, portanto, ao preenchimento da carência e da qualidade de segurado (em suma), resta a análise quanto ao *pressuposto de fato* da presença de incapacidade laborativa.¹²

Portanto, é o perito médico que avalia, aliado à presença dos demais requisitos, a concessão do benefício por incapacidade. Dessa forma, cuida-se de ato central na concessão do benefício ao cidadão – o qual deve estar no centro de toda a atividade estatal.

2. A LEI 13.982/2020, AS PERÍCIAS MÉDICAS E A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Diante do contexto de pandemia causada pelo vírus da Covid-19, o Congresso Nacional aprovou e o Presidente da República sancionou a Lei 13.982/2020,¹³ visando conter, de alguma forma, os efeitos econômicos negativos decorrentes da crise já então divisada.

Assim, ao mesmo tempo em que garantiu a prestação ao cidadão, a norma constituiu-se em avançado tratamento na análise e implementação dos benefícios previdenciários, instrumentalizada pela digitalização e trazendo segurança sanitária e eficiência administrativa.

Previu o art. 4º a antecipação do auxílio-doença, preenchidos os seguintes requisitos:

11 DINIZ (1995) afirma: "Ato jurídico strictu sensu que surge como mero pressuposto de efeito jurídico, preordenado pela lei, sem função e natureza de auto-regulamento."

12 "Incapacidade laborativa 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. Deverá estar implicitamente incluído no conceito de incapacidade, desde que palpável e indiscutível no caso concreto, o risco para si ou para terceiros, ou o agravamento da patologia sob análise, que a permanência em atividade possa acarretar" (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2018, p. 26-27).

13 A Lei 13.982/2020 teve origem no Projeto de Lei 9236/2017, autoria do Dep. Eduardo Barbosa. O projeto tratava da alteração dos critérios econômicos na concessão do benefício de prestação continuada, tendo sido levado a Plenário e emendado em 26.03.2020. Posteriormente, foi aprovado pelo Senado Federal em 30.03.2020.

Art. 4º Fica o INSS autorizado a antecipar 1 (um) salário-mínimo mensal para os requerentes do benefício de auxílio-doença de que trata o art. 59 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, ou até a realização de perícia pela Perícia Médica Federal, o que ocorrer primeiro.

Parágrafo único. A antecipação de que trata o caput estará condicionada:

I - ao cumprimento da carência exigida para a concessão do benefício de auxílio-doença;

II - à apresentação de atestado médico, cujos requisitos e forma de análise serão estabelecidos em ato conjunto da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS.

Assim, dada a situação emergencial e conforme dicção legal, o benefício deferido por avaliação médica documental passou a ser pago “antecipadamente” (entendendo-se essa expressão, como antes da análise pericial a ser realizada pelo médico perito do INSS) no valor de 1 (um) salário mínimo, durante o período de 3 (três) meses ou até a realização de Perícia Médica Federal.

O referido excerto deixa claro que o benefício será pago de maneira precária e sem a realização da perícia médica presencial, já que esta ocorrerá somente em momento posterior.

Diante disso, nesse regime jurídico, o benefício é aprovado com fundamento exclusivo no atestado médico particular apresentado pelo segurado.

A Lei 13.982/2020 foi regulamentada pelo Decreto 10.413, de 2 de julho de 2020, que autorizou o INSS a conceder as antecipações até 31 de outubro de 2020. Posteriormente, foi editado o Decreto 10.537, de 28 de outubro de 2020, que permitiu as antecipações até 30 de novembro de 2020.

Pois bem, a partir de agora, analisar-se-ão, brevemente e com vistas ao objeto do estudo, as normas envolvidas na nova sistemática da perícia médica.

Não é demais lembrar que, no contexto da pandemia, a Portaria Conjunta SEPRT/INSS 8.024, de 19 de março de 2020, incrementou o atendimento remoto aos segurados e beneficiários do INSS, tanto aos servidores do INSS quanto da Subsecretaria de Perícia Médica, providência que já trazia incontestáveis ganhos à autarquia.

Nesse ponto, cabe destacar que conforme esclareceu GONÇALVES (2011, p. 18):

Os canais remotos implantados pelo INSS como a internet e o telefone 135 fizeram diminuir a quantidade de segurados que buscam atendimento para agendamento de benefícios na agência, [...] 60% dos atendimentos referem-se a requerimento de benefícios como aposentadoria, auxílio doença e salário maternidade, etc que já foram agendados previamente, 10% dos segurados buscam informações das mais diversas, como por exemplo, pagamentos de benefícios, tempo de contribuição, dentre outros.

Portanto, essa incrementação dos canais digitais, por si, já facilitaram que no contexto da pandemia o segurado tivesse fácil acesso aos seus dados, pedidos de benefícios e resultados, sem que para tanto, necessitasse da exposição desnecessária em ambientes nos quais antes se encontravam aglomerações.

Fundamental pontuar que a própria portaria consignou a simplificação e dispensa de exigências para os atos a serem editados pelo INSS e pela Secretaria de Previdência Social do Ministério da Economia.¹⁴

A concessão de novos benefícios veio disciplinada pela Portaria Conjunta SEPRT/INSS n.º 47, de 21 de agosto de 2020,¹⁵ trazendo os requisitos e a forma de análise do atestado médico utilizado para instruir o requerimento de antecipação do benefício por incapacidade temporária.

Outrossim, já se percebe o cuidado no trato com o segurado ao se lhe permitir que requeria benefício de incapacidade temporária em agência localizada a mais de 70 km de distância de sua residência por meio de procedimento inteiramente digital, a ser instruído via aplicativo do “Meu INSS”, cuidado, aliás, necessário em tempos de pandemia. Os requisitos do atestado constam do era. 2º, §2º:

§ 2º Deverá ser anexado ao requerimento da antecipação, por meio do site ou aplicativo «Meu INSS» e mediante declaração de responsabilidade pelos documentos apresentados, o atestado médico, que deverá observar, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - estar legível e sem rasuras;

II - conter a assinatura do profissional emitente e carimbo de identificação, com registro do respectivo Conselho de Classe ou Registro Único do Ministério da Saúde (RMS);

14 A Portaria foi sendo sucessivamente renovada, prorrogando os prazos ali previstos.

15 A regulação, anteriormente, era trazida pela Portaria Conjunta 9.381/2020.

III - conter as informações sobre a doença ou Código Internacional de Doenças (CID); e

IV - conter o período estimado de repouso necessário.

Nesta senda, o Ofício Circular SEI 1217/2020/ME regulamenta a análise dos atestados médicos pela Perícia Médica Federal e, em síntese, prevê que compete ao Perito Médico Federal o exame do atestado, verificando a regularidade formal, consoante as normatizações da Portaria Conjunta 47/2020. Interessante notar que a análise não será registrada no SABI, conforme item 1.5. Não se pode olvidar o igual cuidado com a boa-fé, quando se prevê, no parágrafo terceiro, que a emissão ou apresentação de atestado falso – como não poderia deixar de ser – configura crime de falso, sujeitando às sanções cabíveis e ao ressarcimento dos valores indevidamente recebidos.

Circunstâncias fulcrais para a presente análise dizem respeito à própria efetivação do direito à prestação previdenciária.

Deveras, haverá análise preliminar da documentação apresentada pelo segurado para que, em etapa posterior, seja realizada a perícia de validação, preservando-se servidor e segurado da exposição e promovendo-se, em última análise, a redução do risco do contágio no local e no trajeto.

Com efeito, conforme art. 4º da Portaria Conjunta 47/2020, o INSS deveria notificar o segurado sobre alguma exigência que lhe compita cumprir, a qual pode ser efetivada pela via do aplicativo “Meu INSS” ou ainda por agendamento no 135, com posterior depósito da documentação em urnas apostas em frente a determinadas agências do INSS.

Essa última possibilidade salvaguarda o acesso ao INSS pelos segurados que não possuem condições ou intimidade tecnológica para a adoção da totalidade do procedimento de maneira digital, ao mesmo tempo que observa a necessidade do distanciamento social como medida sanitária imprescindível nesse momento. Ademais, foram além das notificações via App do “Meu INSS” ou SMS, foram publicados os Editais 3/202016 e 4/202017 pela DIRBEN/INSS.

16 “A Diretoria de Benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos termos do Art. 4º da Portaria Conjunta nº 47, de 21 de agosto de 2020, comunica aos requerentes de benefício de auxílio-doença que efetuaram solicitação a partir de 01.02.2020 e não tiveram a avaliação médica realizada ou que tiveram o requerimento de antecipação de auxílio-doença de que trata a Lei nº 13.982/2020 indeferido, a possibilidade de nova solicitação de auxílio-doença com marcação de perícia no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da reabertura das unidades de atendimento. Neste prazo, será garantida a retroação da data de entrada do requerimento para a data do primeiro requerimento efetuado. A solicitação deverá ser efetuada por meio dos canais remotos, seja pelo Meu INSS ou pela Central 135 de teleatendimento. O INSS também enviará avisos por meio de SMS e por e-mail para os requerentes que tenham fornecido estes tipos de dados para contato.”

17 “A Diretoria de Benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos termos do Art. 4º da Portaria Conjunta nº 47, de 21 de agosto de 2020, notifica os requerentes de benefícios ou serviços de

Deve ser destacado igualmente que não há qualquer prejuízo ao patrimônio econômico do segurado que possua salário de benefício superior ao mínimo legal, tendo em vista que, caso efetivamente constatado o direito subjetivo à percepção do benefício, será promovido o devido reajuste da RMI para o valor devido, descontando-se o montante já percebido.¹⁸

Ao lado da Portaria 47/2020 (que se aplica aos deferimentos iniciais), a manutenção dos benefícios é dada pela Portaria 552/2020/PRES/INSS, que autorizou a prorrogação automática dos benefícios de auxílio-doença enquanto perdurar o fechamento das agências em função da Emergência de Saúde Pública decorrente do Coronavírus (COVID-19).

Com efeito, a Portaria permitiu, enquanto houver suspensão do atendimento presencial, em até seis os limites de prorrogação dos benefícios por incapacidade, mediante apresentação do pedido de prorrogação, disciplinados, de maneira geral, pela Instrução Normativa 90, de 17 de novembro de 2017.¹⁹

Por outro lado, mister ressaltar que a negativa da antecipação não configura indeferimento do benefício.

Deveras, quando for indeferida a antecipação, o segurado será notificado – após retomado o atendimento presencial nas APS – pelo app Meu INSS, por SMS ou por edital, para que, em 30 dias, dê entrada em seu pedido de perícia médica (art. 8º da Portaria 932/2020 PRESI/INSS).

3. A DISCUSSÃO JUDICIAL SOBRE A ANTECIPAÇÃO DO AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

Caso o segurado não promova o agendamento na forma da Portaria 932/2020, seu pedido de antecipação será arquivado (art. 8º, §1º). Por essa razão, pode-se afirmar que não há interesse de agir nas ações judiciais, quando o autor recorre ao Poder Judiciário para rever a negativa de indeferimento (PROCURADORIA-GERAL FEDERAL, 2020).

recurso, revisão e manutenção que tenham recebido solicitação de apresentação de documentos por meio de exigências emitidas pelo INSS, quanto a necessidade de realizar o cumprimento das solicitações no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da publicação deste edital, independente da data de solicitação informada no processo. O cumprimento poderá ser realizado por meio do Meu INSS ou agendamento para apresentação nas unidades de atendimento. Após vencimento do prazo informado, os requerimentos serão decididos com as informações disponíveis.”

18 Art. 6º, parágrafo único da Portaria 932, de 14 de setembro de 2020. Os aspectos operacionais da confirmação da concessão do auxílio por incapacidade temporária são tratados na Portaria Conjunta SEPRT/INSS 53, de 02 de setembro de 2020.

19 A própria Portaria 552, contudo, já facilitou, em alguns casos, os pedidos de prorrogação, em especial ab-rogando temporariamente os requisitos do inciso II do art. 1º, aplicável, em especial, aos benefícios deferidos judicialmente ou via recurso.

O requerimento administrativo para ações previdenciárias sempre foi tema de grande discussão Direito Previdenciário, como bem se infere do julgamento do RE 631.540 no Supremo Tribunal Federal. Com a antecipação de pagamento, portanto, não seria diferente.

Todavia, não se pode perder de norte que tal medida foi adotada em caráter emergencial exclusivamente para não se deixar os segurados desassistidos durante o período em que não seria aconselhável a realização perícia médica presencial para avaliação da presença de (in)capacidade.

Trata-se de significativa desburocratização do requerimento de auxílio por incapacidade temporária, tendo em vista o delicado momento de isolamento social imposto pela pandemia, mas sua negativa aponta, em geral, apenas que a documentação médica apresentada não satisfaz os requisitos estabelecidos no art. 2º da Portaria Conjunta 47/2020, e não que no mérito, o segurado não faça jus ao benefício pretendido.

Isso porque a antecipação do auxílio por incapacidade temporária significa uma análise de mera conformidade dos documentos médicos apresentados, muitas vezes, digitalmente pelo segurado, não sendo realizada qualquer perícia presencial.

É de bom alvitre destacar que o art. 2º da Portaria Conjunta 47/2020, bem assim o da (atualmente revogada) Portaria Conjunta 9.381/2020 não trazem qualquer exigência excessiva ou desarrazoada ao segurado, tratando-se de medidas proporcionais à situação, tendo em vista que é necessário equilibrar a necessidade do deferimento do suporte securitário com as formalidades mínimas que evitem, ou ao menos minorem, a ocorrência de possíveis fraudes e concessões indevidas.

Com efeito, a análise judicial da legalidade do ato administrativo de indeferimento deve levar em consideração os mesmos elementos sobre os quais a Administração se debruçou na esfera administrativa e não ir além, que é o que acontece quando se passa a analisar judicialmente se a parte se encontra ou não incapaz.

Portanto, o ato de indeferimento da antecipação de benefício baseado no art. 4º da Lei 13.982/2020, somente deve ser considerado equivocado se o julgador, superadas as questões da qualidade de segurado e da carência, concluir que o documento médico, ao contrário do que entendeu o INSS, atende aos requisitos da Portaria Conjunta ME/SEPRT nº 47/2020, sendo esse o limite da avaliação judicial.

Assim, por derradeiro, não seria razoável, além de afrontar contra os Princípios da Isonomia, Equidade, Proporcionalidade e em última análise aos Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conceder judicialmente benefício submetido a um regime mais favorável do que aqueles benefícios que estão sendo concedidos na esfera administrativa

para segurados em situação semelhante, uma vez que o regramento para o momento excepcional está sendo aplicado indistintamente a todos os segurados que formularam requerimentos administrativos durante esse crítico período de isolamento social.

CONCLUSÃO

Da presente análise, percebe-se que a opção inaugurada pela Lei 13.982/2020, em especial no tocante à antecipação dos pagamentos de benefícios por incapacidade temporária, constituiu-se escolha legislativa acertada, que pode, quiçá, expandir-se para outros campos na Administração Pública.

Por certo, o regime da Lei 13.982/2020, como visto, incorpora garantias tanto aos segurados (i.e., o cidadão) quanto ao próprio Estado, evitando a exposição de servidores e segurados a aglomerações em um contexto de pandemia, promovendo segurança sanitária, uma vez que o processo é virtualmente analisado.

Indo além, ao segurado, é-lhe favorável, pois garante-lhe o benefício, a RMI, à DER e, ao cabo, a análise definitiva do requerimento pelo Perito Médico.

Paralelamente, resguarda o interesse público e efetiva o direito de proteção estatal, uma vez que sujeita eventuais infratores às responsabilidades, mantém coerência com o dever de boa-fé e concede o benefício com maior eficiência, mediante a devidas medidas de governo digital.

Nesse contexto de avançada e necessária implementação tecnológica, como não poderia deixar de ser, surgiram debates jurídicos sobre as novas situações postas, tais como questionamentos de RMI e acerca do mérito do direito ao benefício previdenciário, quando por outro lado as medidas de emergência aqui analisadas não se prestam a avaliar tais pontos na via administrativa, mas meramente promover um “socorro” emergencial ao segurado pretensamente fragilizado.

Feitas essas considerações, entende-se que, no caso dos processos judicializados, descabe a designação de perícia judicial para aferição de incapacidade, uma vez que a antecipação do auxílio por incapacidade temporária submete-se ao regramento excepcional estabelecido na Lei 13.982, de 02 de abril de 2020 e nas normas que lhe seguiram.

Igualmente, não se deve admitir aplicação das regras ordinárias que regem os benefícios por incapacidade, mesmo porque a antecipação não se trata de uma espécie de benefício de auxílio por incapacidade temporária propriamente dito, mas meramente uma medida transitória e emergencial de suporte àquele que comprove documentalmente ter cumprido a qualidade

de segurado e a carência, bem como logre êxito em apresentar laudo médico que preencha os requisitos mínimos exigidos pelo INSS.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e sua conversão em lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AYRES BRITTO, Carlos. Comentários ao art. 37. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Leo (Org.) *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 884-888.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer n.º 9, de 12 de maio de 2006. Brasília, 2006.

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. *Manual Técnico de Perícia Médica Previdenciária*. Brasília, 2018.

BRASIL. PROCURADORIA-GERAL FEDERAL. *Antecipação de auxílio-doença*. Brasília, 2020.

BARBOSA, Líliam Simões dos Santos; FUNDÃO, Valéria Gaurink Dias. COVID-19: *Guia Prático para entender os reflexos da pandemia no Direito Previdenciário*. Serra: Comissão Especial de Direito Previdenciário da Ordem dos Advogados do Brasil, 2020.

BÜHLER, Ottmar. *La Constitución Alemana*. Barcelona: Labor, 1931.

COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: *Estudos em homenagem à Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, v. 2, p. 74-110. url: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/132376>.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

GONÇALVES, Fernando Buckoski. *Análise exploratória das mudanças organizacionais no setor de atendimento de benefícios do Instituto Nacional Do Seguro Social (INSS) na cidade de Londrina*. Londrina. 2011. Url: <https://core.ac.uk/download/pdf/147518788.pdf>

KOPERCKY, Petr. SCHERLIS, Gerardo. Party Patronage in Contemporary Europe. *European Review, Cambridge*, v. 16, n. 3, 2008, p. 355-371.

KUNIG, Phillip. §33 – Parteín. In: ISENSEE, Josef. KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heildelberg: C.F. Müller, 1998.

MAFFINI, Rafael. Princípio da proteção da confiança legítima. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/120/edicao-1/principio-da-protECAo-da-confianca-legitima>, acesso em 20.01.2021.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Reforma Política e Eleições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RUBIN, Fernando; DALL'ALBA, Felipe Camilo. Prova pericial nos benefícios por incapacidade em tempos de coronavírus: perícia indireta e teleperícia diante da pandemia. *A pandemia do Covid-19 e os desafios para o direito*. SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix, LUPION, Ricardo; RUARO, Regina Linden; STÜRMER, Gilberto; CALIENDO, Paulo. (Orgs), Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SOUSA, Paulino José Soares de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. 34, 2002.

STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madri: Centro de Estudios Consticionales, 1987.

PROVA DA INCAPACIDADE LABORAL EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

*PROOF OF LABOR DISABILITY IN TIMES OF COVID-19
PANDEMIC*

Ismael Rolim Dreger

*Especialista em Direito Constitucional, Procurador Federal, Coordenador da Equipe
de Trabalho Remoto em Benefícios por Incapacidade do Rio Grande do Sul (ETR-BI/
RS)*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Política Pública na via administrativa; 2. Tratamento na via judicial; 3. Cotejo entre as possibilidades de solução; Conclusão; Bibliografia.

RESUMO: Este artigo aborda os possíveis meios de prova da incapacidade laborativa, durante as restrições impostas pela pandemia de Covid-19 à realização de perícias médicas presenciais, em processos administrativos e judiciais de benefícios por incapacidade da Previdência Social brasileira. Para esse propósito, analisa-se a legislação especial sobre a forma de concessão desses benefícios durante a pandemia, com enfoque na política pública direcionada a proteger os beneficiários durante o impedimento à realização de exame médico normal. Além disso, são abordadas muitas das questões envolvendo a jurisdição, com o propósito de sugerir-se uma solução equilibrada, que reconcilie a busca da verdade na jurisdição com a necessidade de eficiência no proferimento de sentenças judiciais e na implementação dos direitos dos beneficiários.

PALAVRAS-CHAVE: Benefícios por Incapacidade. Prova. Perícia Indireta. Prova Técnica Simplificada. Teleperícia. Perícia não Presencial. Perícia à Distância. Pandemia.

ABSTRACT: This article addresses the means of proving working disability during the restrictions imposed by the pandemic of Covid-19 to the accomplishment of presential medical examination in administrative or judicial legal processes involving incapacity benefits from the Brazilian Social Insurance. For that purpose, the special legislation about the form of granting those benefits during the pandemics is analyzed, focusing on the policy intended to protect the beneficiaries during the impairment of the normal medical examination. Also, many of the questions involving adjudication are addressed, with the purpose of suggesting a balanced solution, which reconciles the seeking of truth in adjudication with the need of efficiency in the utterance of court sentences and in the implementation of the rights of the beneficiaries.

KEYWORDS: Incapacity Benefits. Proof. Indirect Examination. Simplified Technical Proof. Examination Through Video Conferencing.

Non-presential Examination. Examination from Afar. Covid-19 Pandemic.

INTRODUÇÃO

A eclosão da pandemia mundial de Covid-19 desencadeou uma série de desafios importantes a serem enfrentados em diversos aspectos da vida social. A Lei n.º 13.979, de 06/02/2020 dispôs sobre “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”, e o Decreto Legislativo n.º 06, de 20 de março de 2020 reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública até 31 de dezembro de 2020, acolhendo a Mensagem n.º 93/2020 do Presidente da República, que apontava os impactos das medidas necessárias à prevenção ao contágio do coronavírus na economia e em diversos serviços:

De fato, as medidas necessárias para proteger a população do vírus que desaceleram a taxa de contaminação e evitam o colapso do sistema de saúde, implicam inevitavelmente forte desaceleração também das atividades econômicas. Essas medidas envolvem, por exemplo, reduzir interações sociais, manter trabalhadores em casa e fechar temporariamente estabelecimentos comerciais e industriais.

A tendência de fechamento de atividades presenciais se espalhou por diversos serviços públicos e privados. No âmbito do INSS, a Portaria n.º 8.024, de 19/03/2020, previu a prestação de atendimento aos segurados e beneficiários por meio dos canais de atendimento remoto, com manutenção de plantão reduzido apenas para esclarecimento quanto à forma de acesso a tais canais, sendo os demais servidores colocados em regime de teletrabalho. No mesmo normativo, previu-se a simplificação e a dispensa de exigências, inclusive em relação à perícia médica, conforme atos a serem editados pela Secretaria de Previdência e pelo próprio INSS. O fechamento das agências acabou sendo prorrogado por sucessivas portarias até meados de setembro de 2020¹.

No âmbito judicial, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 313, de 19/03/2020, prevendo a “suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias, assegurada a manutenção dos serviços essenciais em cada

1 Portaria Conjunta ME-SEPRT/INSS-PRES n. 22, de 19/06/2020, a Portaria Conjunta ME-SEPRT/INSS-PRES n. 27, de 07/07/2020 e a Portaria Conjunta ME-SEPRT/INSS-PRES n. 36 de 28/07/2020 e a Portaria Conjunta SEPRT/SPREV/ME/INSS N.º 46 DE 21/08/2020

Tribunal”, bem como determinou a suspensão do atendimento presencial das partes, advogados e interessados, acarretando, também, a impossibilidade de realização de perícias judiciais. Tal regime restou prorrogado até 14/06/2020², havendo sido adotadas medidas de retomada gradual dos serviços presenciais a partir de 15/06/2020³.

A retomada das perícias judiciais iniciou-se pela realização de exames nos consultórios médicos dos peritos que dispunham de tal estrutura, evoluindo gradativamente para a retomada de alguma normalidade. Entrementes, houve uma profusão de novas modalidades probatórias, apresentadas como alternativas à perícia presencial, durante o período de impossibilidade de realização desta.

O mesmo aconteceu no âmbito da própria política pública executada pelo Poder Executivo, em que houve necessidade de se encontrarem alternativas para efetivação dos direitos dos segurados, destacando-se a previsão da antecipação de um salário-mínimo aos requerentes de benefício por incapacidade com base em atestado⁴.

A análise desses meios de prova é o objeto do presente artigo.

1. POLÍTICA PÚBLICA NA VIA ADMINISTRATIVA

O primeiro aspecto a se observar é que a política pública para tratamento dos benefícios por incapacidade durante o período de fechamento das agências do INSS não surgiu pronta e acabada, mas sim precisou ser construída ao longo do tempo. No início da pandemia, muito pouco se sabia acerca da Covid-19 e do que se poderia esperar em termos de duração da situação instalada, havendo prognósticos no sentido de que o isolamento social poderia durar um período aproximado de 3 (três) meses.

Assim, boa parte das medidas foi adotada com previsões de curta duração, não apenas no INSS, mas em geral. Entretanto, o que se acabou observando foi a necessidade de sucessivas prorrogações dessas medidas, em virtude do agravamento da pandemia.

Essa ideia de temporariedade e de curta duração veio expressa no próprio art. 4º da Lei nº 13.982/2020, que deu os contornos gerais da política pública referente aos benefícios por incapacidade durante o período de exceção. Referido dispositivo autorizou o INSS a antecipar o valor de 1 (um) salário-mínimo mensal aos requerentes do benefício de

² Portaria CNJ nº 79 de 22/05/2020.

³ Resolução CNJ nº 322, de 01/06/2020.

⁴ Art. 4º da Lei nº 13.982, de 02/04/2020.

auxílio-doença⁵, durante o período de 3 (três) meses a contar da publicação da lei, ou até a realização de perícia, *o que ocorresse primeiro*. Entretanto, a própria lei previu a possibilidade de prorrogação da política pública por ato do Poder Executivo, o que de fato ocorreu, tendo sido admitida a concessão da antecipação até 30/11/2020, com efeitos financeiros limitados a 31/12/2020⁶.

Digno de nota que tal antecipação, segundo consta na lei, depende do cumprimento da carência e da apresentação de atestado médico com os requisitos definidos pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia (SEPRT/ME) e pelo INSS. Embora não prevista expressamente na lei, obviamente a qualidade de segurado também é exigida, já que, tratando-se de regime contributivo, o vínculo com a Previdência Social é necessário para a concessão de qualquer benefício ou serviço do RGPS⁷ (art. 201, caput, da CRFB/88 e arts. 1º, 11 a 13 e 18 e 102, da Lei nº 8.213/91).

A primeira regulamentação da disposição legal foi levada a efeito pela Portaria Conjunta nº 9.381 SEPRT-ME/INSS, de 06/04/2020, que exigiu a apresentação, por meio do site ou do aplicativo “Meu INSS”, de atestado médico legível e sem rasuras, contendo a assinatura do profissional emitente e carimbo de identificação com o número de registro no CRM, informações sobre a doença ou CID e indicação do prazo estimado de repouso necessário.

A análise realizada para a concessão da antecipação de um salário-mínimo é de mera conformação do atestado, isso é, de preenchimento dos seus requisitos formais, previstos na regulamentação supracitada, não se confundindo, portanto, com uma perícia indireta⁸, na qual se avalia a existência ou inexistência de incapacidade por meio de documentos. A própria lei que criou a carreira de Perito Médico Federal tem vedação expressa em relação à substituição de exame presencial por exame remoto ou à distância⁹, razão pela qual seria ilegal ultrapassar-se uma análise

5 Considerando que, nos normativos analisados no presente trabalho, a nomenclatura dos benefícios por incapacidade utilizada ora foi a antiga, ora foi a nova, para melhor entendimento, utilizaremos de modo uniforme a nomenclatura clássica, de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, sabendo-se que, na nova terminologia, estes correspondem respectivamente ao “auxílio por incapacidade temporária” e à “aposentadoria por incapacidade permanente” (nomenclatura, aliás, infeliz, na medida em que o agora chamado “auxílio por incapacidade temporária” também é devido nos casos de incapacidade parcial e permanente com encaminhamento à reabilitação profissional).

6 Decretos nºs 10.413/2020 e 10.537/2020.

7 Regime Geral de Previdência Social.

8 Art. 2º, §2º, da Portaria Conjunta nº 9.381, de 06 de abril de 2020 c/c Ofício Circular nº 1217/SPMF/ME.

9 Art. 30, §12, da lei nº 11.907/2009, com a redação dada pela lei nº 13.846/2019.

meramente formal de conformidade do atestado para se adentrar no mérito da existência ou não de incapacidade.

Nesse sentido, inclusive, a expectativa expressa no normativo era de que praticamente todos os segurados que requeressem a antecipação do auxílio-doença fossem posteriormente periciados de forma presencial¹⁰, sendo que a análise do atestado seria uma mera “análise preliminar”, como referido no art. 2º, §2º, da Portaria nº 9.381/2020.

Essa concessão preliminar gerava um “B31” (código do auxílio-doença) com “Tratamento 84” ou “Tratamento 85”¹¹, que são os identificadores que demonstram se tratar de uma mera antecipação e não de um “B31” comum. Posteriormente, quando da realização de perícia presencial apontando a incapacidade, esse mesmo “B31” seria transformado em auxílio-doença propriamente dito, com pagamento das diferenças; por outro lado, caso constatada a capacidade laboral, não haveria a conversão, mas o segurado também não seria obrigado a devolver os valores antecipados, salvo se demonstrada a má-fé (art. 5º, §2º, da Portaria nº 480/2020/DIRBEN/INSS).

A medida em muito se assemelha ao que poderia ser considerado uma tutela administrativa antecipada total ou parcial: seria semelhante a uma tutela antecipada porque fundada em um juízo de probabilidade decorrente da apresentação de atestado médico *formalmente* adequado; seria uma tutela total quando o valor do benefício propriamente dito fosse de um salário-mínimo (ou seja, idêntico ao valor antecipado) ou parcial, quando o valor efetivamente devido em decorrência do benefício propriamente dito fosse maior do que o valor antecipado de um salário-mínimo.

Não obstante, o que acabou ocorrendo foi a posterior a utilização da abertura constante no parágrafo único do art. 5º da Portaria nº 9.381, que previa a possibilidade de o INSS e a SEPRT/ME, em ato conjunto, *dispensarem a realização da perícia presencial*.

Ao fim e ao cabo, diante do prolongamento no tempo das restrições decorrentes da pandemia e do acúmulo invencível de perícias administrativas a serem realizadas, a política pública teve que evoluir no

10 Dificil imaginar alguma hipótese que não se enquadrasse em alguma das situações previstas nos incisos do art. 5º da citada Portaria: “Art. 5º O beneficiário será submetido à realização de perícia pela Perícia Médica Federal, após o término do regime de plantão reduzido de atendimento nas Agências da Previdência Social: I - quando o período de afastamento da atividade, incluídos os pedidos de prorrogação, ultrapassar o prazo máximo de três meses, de que trata o art. 3º; II - para fins de conversão da antecipação em concessão definitiva do auxílio-doença; III - quando não for possível conceder a antecipação do auxílio-doença com base no atestado médico por falta de cumprimento dos requisitos exigidos”. Como se observa, o inciso II prevê a necessidade de perícia para conversão da antecipação em concessão definitiva, e o inciso III determina a realização de perícia em caso de indeferimento da antecipação, que são basicamente as duas situações possíveis: deferimento ou indeferimento da antecipação.

11 Art. 3º, caput, da Portaria nº 480/2020/DIRBEN/INSS e art. 4º, caput, da Portaria nº 932/2020/DIRBEN/INSS.

sentido da convalidação das antecipações concedidas com base em atestado até 30/11/2020 e não prorrogadas após essa data. Tais benefícios foram convertidos em auxílios-doença propriamente ditos sem a realização de perícia presencial¹².

Isso, contudo, foi feito com a ressalva expressa do direito de revisão futura, com base nos arts. 103 e 103-A da Lei nº 8.213/91, o que poderá se afigurar importante em casos de benefícios concedidos com base em atestado em que não foi possível se verificar a pré-existência da incapacidade, porque o segurado não foi submetido a perícia médica. Essa cautela é necessária para evitar-se que o momento de exceção sirva para que pessoas com doenças preexistentes ou sem carência se utilizem da concessão com base em atestado para sanar a falta do requisito indispensável, com efeitos perenes.

Em termos de regulamentação jurídica da antecipação do auxílio-doença, verifica-se a existência de dois regimes jurídicos distintos, que se sucederam no tempo: 1) o da Portaria Conjunta nº 9.381/2020/SEPRT-ME/INSS c/c Portaria nº 480/2020/INSS-DIRBEN; 2) o da Portaria Conjunta nº 47/2020/SEPRT-ME/INSS c/c Portaria nº 932/2020/INSS-DIRBEN. Há distinções no detalhamento de um regime jurídico e de outro, entretanto não entraremos nessa análise, porque foge ao escopo do presente trabalho, pontuando-se apenas que os elementos essenciais da política pública, apontados acima, são os mesmos.

Por fim, após a reabertura das agências da Previdência Social, foi publicada a Portaria nº 62/SEPRT-ME/INSS, de 28/09/2020, prevendo a possibilidade de o segurado *optar entre* a realização da perícia médica presencial e o requerimento de antecipação do benefício com base em atestado. Ambas as possibilidades coexistiram até 30/11/2020, momento a partir do qual a regra voltou a ser a realização da perícia médica presencial para todos os casos.

2. TRATAMENTO DA PROVA NA VIA JUDICIAL

No âmbito judicial o fechamento dos prédios do Poder Judiciário também ocasionou desafios, dentre eles o tratamento a ser dado aos casos de benefícios por incapacidade que demandam a realização de perícia judicial. Em decorrência disso, surgiram debates em torno da possibilidade de utilização de meios alternativos de prova, que pudessem suprir a perícia presencial enquanto essa estivesse impossibilitada.

¹² Portaria Conjunta nº 53/SEPRT-ME/INSS, de 02/09/2020; Portaria Conjunta nº 84 SEPRT-ME/INSS, de 20/11/2020; Portaria nº 1.194/INSS-PRES, de 25/11/2020; Portaria Conjunta nº 91/2020/SEPRT-ME/INSS.

Dentre as alternativas propostas, em breve resumo, foram apresentadas as seguintes possibilidades:

- 1. Perícia indireta:** consiste na aferição da existência da incapacidade do segurado por meio de documentos, tais como o prontuário do paciente, atestados, receituários, exames médicos, comprovantes de internação, etc. Na perícia indireta, o objeto da perícia é a incapacidade no ser humano, a qual é aferida por meios indiretos;
- 2. Teleperícia¹³:** realização de perícia no segurado por meio da análise de documentos médicos, tais como o prontuário, laudos, relatórios e exames, somados ao contato pessoal entre o perito e o periciado por meio de videoconferência;
- 3. Prova técnica simplificada¹⁴:** aferição da consistência do laudo da perícia administrativa, mediante o cotejo deste com documentos médicos apresentados pelo segurado. Aqui o objeto da perícia seria o próprio laudo administrativo, não a incapacidade do segurado em si.
- 4. Perícia fracionada:** realização de perícia indireta tendo como objeto a aferição da incapacidade no segurado, avaliação essa que *pode* ser complementada por exame presencial em um segundo momento, *se necessário*.
- 5. Parecer preliminar seguido de exame presencial obrigatório:** realização de análise da consistência do laudo administrativo, mediante o cotejo deste com os documentos médicos apresentados pelo segurado (tal como na prova técnica simplificada), com realização *obrigatória* de exame presencial para aferir a própria incapacidade no segurado em um segundo momento.

As hipóteses que contêm dois momentos distintos de avaliação (itens “4” e “5” supra) incorporam total ou parcialmente a ideia de uma análise inicial, para fins de verossimilhança, e de uma análise final, visando a um juízo de certeza. As diferenças entre as hipóteses apontadas nos itens “4” e “5” se centram em dois aspectos principais: **a)** na *perícia fracionada*, o objeto da primeira análise é a incapacidade, ao passo que, no *parecer preliminar*, o objeto é a consistência do laudo administrativo; **b)** na *perícia fracionada*,

13 Nota Técnica NI CLISP 12, de 30 de março de 2020; Resolução CNJ nº 317, de 30 de abril de 2020.

14 Nota Técnica PRCTBCLIPR nº 04/2020, de 22 de abril de 2020.

a complementação por exame presencial pode ser dispensada a critério do perito, ao passo que o *parecer preliminar* necessariamente precisa ser complementado por exame presencial, já que é só este que será capaz de avaliar o objeto “incapacidade”.

Por sua vez, a perícia indireta e a prova técnica simplificada se distinguiriam, em tese, pela diferença de **objeto** de ambas. Na primeira, seria analisada a própria incapacidade do segurado por meio de documentos; ao passo que, na segunda, o objeto da análise seria a consistência do laudo da perícia administrativa em cotejo com os documentos apresentados (o objeto não seria a incapacidade em si). Embora em redação bastante obscura, nos parece que essa diferença de objeto é o ponto central utilizado pela Nota Técnica PRCTCLIPR nº 04/2020 para tentar distinguir essas modalidades probatórias, conforme trechos que seguem:

Ora, inevitavelmente, a **perícia médica presencial já foi realizada na esfera administrativa**, pelo INSS. Assim, a parte já invocou sua incapacidade ou deficiência ao tempo da data da entrada do requerimento (DER), já se fez presente ao exame clínico do especialista (perito do INSS) e já apresentou seus prontuários, receitas e atestados médicos. Se assim não o fez, sua demanda judicial sequer será conhecida, em razão da necessidade de esgotamento prévio e falta de interesse de agir em juízo. Assim, quando se propõe uma demanda previdenciária, a bem da verdade, revisa-se a correção ou erro do ato administrativo que negou o reconhecimento da incapacidade ou da deficiência, sempre com base em documentos pretéritos.

A **perícia médica indireta** (...) constitui exame pericial completo, não exercido sobre o objeto da prova em si, mas, sim, sobre elementos acessórios de prova. Já o ‘parecer técnico simplificado’, como vimos, substitui o ato pericial e constitui, por definição legal: ‘apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico’ (art. 464§ 3º, do CPC, supratranscrito). Assim, na prova técnica simplificada examina-se diretamente o objeto controvertido da causa – atestados, exames, prontuários –, revisando-se o ato pericial administrativo (completo), com base em conhecimentos técnicos e científicos.” (Grifos do autor).

A nosso ver, a dita “prova técnica simplificada” seria quando muito uma modalidade probatória *atípica*, não sendo possível enquadrá-la no art. 464, §§2º e 3º, do CPC, como sustentado na supracitada nota técnica. Isso

por várias razões: **a)** o §2º do art. 464 apenas permite a substituição da perícia por prova técnica simplificada quando o ponto controvertido “for de menor complexidade”, o que não é o caso quando se trata da aferição da incapacidade laboral no ser humano; **b)** o §3º do mesmo dispositivo refere que a “prova técnica simplificada” consiste “apenas na inquirição de especialista, pelo juiz”, ao passo que a modalidade probatória proposta ultrapassa uma mera inquirição, exigindo que o perito *examine* documentos para definição da verdade fática no caso concreto. Sendo necessário exame, vistoria ou avaliação, está-se diante de verdadeira perícia (consoante a definição do *caput* do art. 464, do CPC), não de prova técnica simplificada.

Outro aspecto relevante é que, caso seja levada a sério a definição do objeto da “prova técnica simplificada” como sendo o ato administrativo pericial, essa análise estaria limitada a uma *avaliação de consistência* do laudo administrativo, a qual, em nenhuma hipótese poderia levar a uma conclusão sobre a capacidade ou incapacidade do segurado. O máximo que se poderia afirmar, sob esse ponto de vista, é que o laudo administrativo tem fundamentação consistente ou inconsistente, o que nada diz acerca da existência de incapacidade no segurado periciado administrativamente. Desse ponto de vista, a dita “prova técnica simplificada” teria utilidade extremamente limitada para resolução de demandas envolvendo benefícios por incapacidade, podendo, quando muito, fundamentar um juízo de verossimilhança (tutela de provisória), nunca um juízo de certeza (tutela definitiva). Por sua vez, admitindo-se a sua complementação posterior mediante exame presencial, a prova técnica simplificada se transmuda em modalidade probatória idêntica ao parecer preliminar complementado por exame presencial obrigatório.

Consideradas essas idiosincrasias, não é à toa que a prática judicial acabou revelando não haver diferença substancial entre uma perícia indireta e uma “prova técnica simplificada”, seja porque tanto nessa, quanto naquela, o *expert* nomeado acaba de fato se manifestando sobre *a existência ou não de incapacidade no segurado*; seja porque boa parte dos laudos de “prova técnica simplificada” não analisam realmente o laudo administrativo (muitas vezes simplesmente ignorado); seja, ainda, porque a realização dessa modalidade de prova é determinada mesmo em casos em que não houve perícia administrativa (como os casos de antecipação da Lei nº 13.982/2020). Dessa forma, na prática, não há distinção relevante entre a perícia indireta e a dita “prova técnica simplificada”.

Finalmente, a teleperícia foi a opção adotada pela Resolução nº 317 do CNJ, de 30 de abril de 2020, a qual previu a necessidade de requerimento ou consentimento do periciado e a possibilidade de o perito manifestar o entendimento de que os dados constantes do prontuário

médico e a entrevista por meio eletrônico são insuficientes para a formação de sua opinião técnica.

Entretanto, o Conselho Federal de Medicina (CFM) manifestou posição terminantemente contrária à realização de qualquer modalidade de prova sem exame físico presencial do periciado, referindo ser “impossível avaliar déficit funcional, sequela, incapacidades ou restrições sem o exame físico direto” e enfatizando que “não existe a possibilidade de realizar perícia médica sem exame físico presencial”, pois isso importaria em afronta ao art. 92 do Código de Ética Médica, que veda ao médico “assinar laudos periciais, auditorias ou de verificação médico-legal caso não tenha realizado pessoalmente o exame” (Parecer CFM nº 03 de 08 de abril de 2020). O Parecer CFM nº 03/2020 também esclarece que a aplicação de recursos tecnológicos em junta médica pericial é admitida apenas quando há um médico perito a realizar o exame físico e outros à distância, acompanhando todo o ato pericial, hipótese em que todos assinam o laudo conjuntamente.

Diversas outras entidades médicas se manifestaram no mesmo sentido, com destaque para a Nota Técnica Conjunta CFM/AMB/ABMLPM/ANAMT de 30 de abril de 2020, que referiu que:

Sob pena de violação dos preceitos éticos e técnicos mundiais e de causar prejuízos insanáveis às partes envolvidas e ao próprio judiciário, a perícia médica - quando o objeto de estudo é o ser humano - não poderá ser realizada sem o exame direto ao periciando, sob nenhuma hipótese.

A referida nota esclarece, também, que a telemedicina consiste no exercício da medicina “por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e, promoção de saúde, não englobando, portanto, a perícia médica em qualquer de seus âmbitos”.

De fato, a Lei nº 13.989, de 15/04/2020 autoriza a telemedicina apenas “para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção da saúde” (art. 3º), não abrangendo, em seu escopo, a atividade pericial. Além disso, o mesmo diploma legal reconhece as limitações da telemedicina, ainda que para as finalidades legalmente previstas, prevendo ser dever do médico “informar todas as limitações inerentes ao uso da telemedicina, tendo em vista a impossibilidade de realização de exame físico durante a consulta” (art. 4º).

Outrossim, tratando especificamente da dita “prova técnica simplificada” foi emitido o Parecer CFM nº 10, de 09 de julho de 2020, que concluiu que:

Em ações judiciais em que sejam objetos de apreciação pericial, a avaliação de capacidade, dano físico ou mental,nexo causal, definição de diagnóstico ou prognóstico, é vedado ao médico a realização da perícia sem exame direto do periciando ou *sua substituição por prova técnica simplificada*. (Grifo nosso).

A realização de perícia é *ato médico* por força de lei (art. 4º, XII e art. 5º, II, da Lei nº 12.842/2013), sendo que os Conselhos Federal e Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional, julgadores e disciplinadores da classe médica (art. 2º da Lei nº 3.268/57). Assim, as suas orientações em relação ao exercício da atividade pericial devem ser observadas, sob pena de cometimento de infração ética pelo profissional que as descumprir. Não obstante, o CFM encontra-se, no momento, impedido de aplicar punições éticas a médicos que realizarem perícias não presenciais, por força de decisão liminar proferida em primeira instância na ação civil pública nº 5039701-70.2020.4.04.7100/RS.

Não obstante as manifestações do CFM e de outras entidades médicas, na jurisprudência, há vários precedentes admitindo a realização de perícias não presenciais em razão do período de excepcionalidade¹⁵, contudo a questão não é pacífica. Na maior parte das unidades judiciárias pelo Brasil afora, o que se observou foi a paralização das perícias até a possibilidade da retomada das avaliações presenciais, que, indiscutivelmente, são a prova mais adequada para aferição da incapacidade.

Há, ainda, precedentes anulando sentenças proferidas com base em perícias não presenciais por não admitirem abstratamente esse tipo de prova¹⁶

15 Por exemplo: 5000934-91.2020.4.04.7122, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DO RS, Relatora ALESSANDRA GÜNTHER FAVARO, julgado em 13/07/2020; 5000762-94.2020.4.04.7108, SEGUNDA TURMA RECURSAL DO RS, Relator GABRIEL DE JESUS TEDESCO WEDY, julgado em 20/07/2020; 5003597-55.2020.4.04.7108, QUARTA TURMA RECURSAL DO RS, Relator GERSON GODINHO DA COSTA, julgado em 06/07/2020;

16 Nesse sentido o Recurso Cível nº 5041389-13.2019.4.04.7000, da 3ª Turma Recursal dos JEFs do Paraná: “Por essa razão, e por se tratar de dois dos principais instrumentos da avaliação pericial, considero indispensável, embora não se esgote aí a atividade do perito, a anamnese e o exame físico para a confecção de parecer adequado para a resolução processual, sobretudo levando-se em conta exigências profissionais de participação direta na confecção de laudos médicos. A admissão de formas simplificadas para satisfazer os ditames de celeridade e de simplicidade procedimental dos Juizados Especiais Federais deve ser feita com a máxima cautela, justamente para que o auxílio técnico não se revista do caráter de mera formalidade e não descaracterize o ato médico que é a perícia judicial. O exame físico e a anamnese dariam subsídios mais consistentes para o parecer conclusivo, necessário para a solução desta demanda. Aliás, é corriqueira a afirmação técnica de que os exames de imagem podem não ser suficientes para aclarar o real estado de saúde da parte autora, devendo ser sempre ponderados os seus resultados com o exame físico.”
Cabe citar também o Recurso Cível nº 5002592-95.2020.4.04.7108 da 2ª Turma Recursal dos JEFs do Rio Grande do Sul: “(...) entendo que, tratando-se de moléstia de ordem psiquiátrica, é indispensável a realização de perícia presencial, não bastando a perícia indireta. Com efeito, as doenças de caráter psíquico,

ou por afastá-lo com base em razões atinentes ao caso concreto¹⁷ ou, ainda, por motivo de inobservância formal dos requisitos previstos na Resolução CNJ nº 317/2020¹⁸.

Há também entendimento no sentido de ser possível a realização de perícia não presencial, desde que observados certos requisitos (Recurso Cível nº 5000467-69.2020.4.04.7201, da 1ª Turma Recursal dos JEFs de Santa Catarina):

Para validade da prova técnica produzida em juízo sem renovação do exame físico do periciando, porém, devem ser observados alguns pressupostos, para garantia do direito de prova do jurisdicionado: apresentação de justificativa da impossibilidade da realização do exame físico presencial; elaboração da prova técnica, no caso de controvérsia sobre a incapacidade laboral, por perito médico; requerimento ou oportuna adesão do periciando à prova técnica sem renovação do exame (prévia ao resultado); existência de quesitação que permita avaliar a suficiência de dados para a conclusão a respeito da (in)capacidade

diferentemente de doenças degenerativas, são instáveis, sendo sabido que são comuns alterações no quadro de saúde para melhor ou para pior em curto espaço de tempo.

Diante disso, voto por anular, de ofício, a sentença, para que seja realizada perícia médica presencial.”

- 17 Recurso Cível nº 5003347-10.2020.4.04.7112, da 4ª Turma Recursal dos JEFs do RS: “Como se observa, o perito judicial, em parecer simplificado, sem realização de exame físico, entendeu que a autora tem diagnóstico de Neoplasia maligna na mama, o que representa dor, limitação de movimentos e edema no MSD, de modo que estaria total e permanentemente incapaz para reingressar no mercado de trabalho, considerando a atividade de serviços gerais e a escolaridade de ensino fundamental. Contudo, como bem apontado pelo INSS no recurso, a autora tem excelente escolaridade, tendo concluído a faculdade de enfermagem, inclusive havendo registro no CNIS de vínculo laboral com a ocupação de enfermeira de 04/2020 a 07/2020 com remunerações superiores a R\$ 3.000,00. (...) Ocorre que o caso dos autos não se amolda à hipótese, visto que a realização do exame físico mostra-se indispensável em casos como o da espécie, em que deve ser analisado se a mencionada dor e restrição de movimentos no MSD representa, de fato, incapacidade para a atividade habitual de enfermeira. Dessa forma, tenho por bem anular a sentença para se proceda à reabertura da instrução processual, com a designação de perícia médica DIRETA/PRESENCIAL (ou ainda complementação da prova técnica realizada com o mesmo perito) e demais atos processuais”.
- Outro exemplo foi o Recurso Cível nº 5000994-64.2020.4.04.7122, da 3ª Turma Recursal dos JEFs do RS, em que a sentença foi anulada em razão da divergência da prova técnica simplificada em relação a diversos documentos dos autos, inclusive a perícia presencial em processo anterior, em que foi avaliada a mesma doença.

Na mesma linha, no Recurso Cível nº 5007085-18.2020.4.04.7108, a 3ª Turma Recursal dos JEFs do RS anulou a sentença fundada em perícia indireta que apontava incapacidade permanente. O voto condutor referiu causar estranheza a referência à dor sem que a parte autora tenha sido submetida a exame físico presencial. Além disso, no caso, o laudo retroagia a existência de incapacidade a 1999, desconsiderando vários vínculos empregatícios ocorridos posteriormente e a retirada de nódulo benigno da mama direita em maio de 2019.

- 18 O acórdão no Recurso Inominado Cível nº 1003896-03.2019.4.01.3816, da 1ª Turma Recursal dos JEFs de MG, anulou a sentença porque o exame pericial foi realizado indiretamente, somente com análise dos documentos juntados nos autos e sem observância dos requisitos da Resolução nº 317/2020 do CNJ, isso é: sem que houvesse entrevista entre o perito e o periciado, sem que as partes fossem consultadas ou concordassem com o procedimento e sem observância da regra estabelecida de que o perito pode, expressamente, “manifestar entendimento de que os dados do prontuário médico e da entrevista por meio eletrônico com o periciado são insuficientes para a formação de sua opinião técnica”.

laboral sem exame físico, de modo a assegurar sua realização em momento oportuno, se assim o perito médico avaliar; garantia de apresentação de parecer de assistente técnico ou do médico assistente; apresentação nos autos dos laudos administrativos de avaliação da (in)capacidade laboral mediante exame físico neles minimamente detalhado; documentação médica e informações sobre profissiografia e condições pessoais que permita ao perito médico avaliar se é possível a conclusão sobre a (in)capacidade laboral a partir delas. (grifos do autor)

Particularmente importantes, no precedente acima, são a justificativa da impossibilidade de realização de perícia presencial e a existência de quesito específico, no qual o médico perito se manifeste expressamente sobre a possibilidade de apresentar conclusão sem exame físico. Trata-se de dois aspectos que não são observados em muitas das perícias não presenciais, o que macula a sua validade.

Digno de nota que a justificativa da impossibilidade de realização da perícia presencial não deve ser fundamentada exclusivamente na pandemia, uma vez que, embora em um momento inicial tenha havido fechamento do INSS e do Poder Judiciário, com paralisação das perícias, o tratamento da questão evoluiu ao longo do tempo, especialmente a partir do momento em que se criaram consensos sobre os cuidados preventivos necessários para evitar a propagação do vírus (tais como a higienização das mãos com álcool e a utilização de máscaras protetoras). Com o passar dos meses, houve reabertura dos serviços periciais, tendo-se adotado em muitas localidades a prática de realização de perícias presenciais em consultórios médicos. As próprias salas de perícias dos prédios judiciais também foram reabertas, com a observância dos cuidados necessários.

Além disso, a adoção da teleperícia, nos termos da Recomendação CNJ nº 317/2020, também gerou perplexidades. Com a dificuldade de muitos segurados de terem acesso a rede de internet e equipamentos adequados, alguns escritórios de advocacia passaram a disponibilizar espaços para a realização do ato, o que se mostra completamente paradoxal. Por um lado, não se permite a realização da perícia de forma presencial em um consultório médico ou em uma sala pericial da Justiça, sob os cuidados de um profissional preparado para orientar e fazer valer todas as medidas de segurança necessárias (o médico); por outro, se transfere a realização do mesmo ato presencial para um escritório de advocacia, o que importa evidentemente em maiores riscos de contágio.

3. COTEJO ENTRE AS POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO

Posto todo o contexto acima, entende-se que não é possível a adoção de uma conclusão definitiva sobre a solução mais adequada em abstrato.

O afastamento puro e simples da possibilidade de qualquer forma de avaliação não presencial, a nosso ver, é contraditório com a própria posição adotada pelo INSS na via administrativa, em que foram convalidadas as antecipações de auxílio-doença concedidas com base em atestado médico, sem a realização de perícia presencial. Tratou-se de medida imposta pela realidade dos fatos, já que a solução ideal (periciar todos os requerentes) poderia importar em colapso do próprio sistema de atendimento aos segurados, ou seja, importaria em um problema macro de difícil solução.

Outrossim, a adoção de provas alternativas depende das circunstâncias concretas que se apresentam em cada momento e em cada local, tanto na via administrativa, quanto na via judicial. Basta ver que a própria possibilidade de requerimento administrativo de antecipação de auxílio-doença conviveu com a possibilidade de solicitação de perícia presencial no período de 28/09/2020 a 30/11/2020 (conforme a Portaria nº 62/SEPRT-ME/INSS). Ou seja, a solução não necessita ser uniforme para qualquer localidade.

Isso posto, algumas premissas podem ser assentadas. A primeira delas é a de que a realização da perícia presencial (seja em sala de perícias, seja em consultório médico) é a melhor alternativa e deve ser privilegiada, inclusive em respeito ao posicionamento externado pelo Conselho Federal de Medicina e outras diversas instituições ligadas à área médica. Nesse sentido, mostra-se completamente descabida qualquer tentativa de se estender a realização de perícias não presenciais para momento posterior à pandemia, ou mesmo de fazê-lo durante a pandemia, se houver a possibilidade fática de realizar-se o exame de forma presencial.

Em outras palavras, a realização de perícia não presencial não é solução para dificuldades administrativas ordinárias da Justiça (como a dificuldade de nomeação de peritos em algumas localidades, ou o grande volume de perícias a serem designadas, situações já existentes antes da pandemia), tratando-se de encaminhamento absolutamente excepcional, só admissível diante da impossibilidade absoluta de perícia presencial, decorrente da calamidade pública instaurada.

Em segundo lugar, a justificativa dessa impossibilidade deve ser feita pelo juiz no despacho que designa a perícia não presencial de *forma específica*, com referência a dados que demonstrem os impactos da pandemia na *realidade local* e a impossibilidade prática de adotar-se a realização de perícias presenciais *naquele momento* específico. Ou seja, há que se ter cautela nessas designações, evitando-se despachos e atos ordinatórios genéricos, que são a tendência em processos de massa.

Não há sentido, por exemplo, em que os médicos continuem atendendo normalmente em seus consultórios, mas essa solução não seja adotada

quando se trata de uma perícia judicial. Não se pode admitir, mesmo em tempo de pandemia, que o comércio esteja funcionando, as pessoas estejam se deslocando normalmente pelas ruas, os Shopping Centers estejam abertos e, apesar disso, as perícias presenciais fiquem paralisadas. Em suma, apenas a existência da pandemia não impõe, necessariamente, a impossibilidade de realização de perícia presencial; isso deve ser justificado com base em dados, de forma específica, em cada localidade e a cada momento.

Nesse sentido, não são admissíveis decisões judiciais que apresentem justificativas excessivamente genéricas, ligadas apenas à existência da pandemia, sem fundamentarem especificamente a impossibilidade momentânea de realização de perícia presencial em consultório ou em sala de perícia na sede da Justiça com a adoção dos cuidados preventivos necessários para evitar a disseminação do vírus. Decisões que poderiam ser simplesmente transpostas para utilização em qualquer localidade e em qualquer momento, de forma indistinta, são inadequadas e, a nosso ver, nulas por deficiência de fundamentação (art. 93, IX, da CF).

A faculdade processual de fazer uso dos meios de prova adequados está diretamente ligada ao direito público subjetivo de ação (tanto do autor, quanto do réu), abrangendo o direito das partes de buscarem a demonstração da verdade no processo (arts. 319, VI, 369 e 378 do CPC), o que é indispensável para um processo justo, com respeito ao contraditório e à ampla defesa (arts. 5º, *caput*, XXXV, LIV e LV, da CRFB/88). Afastar-se disso é afastar-se do Estado de Direito em favor de uma efetividade perniciosa.

Uma vez havendo impossibilidade justificada de *forma específica*, entendemos razoável também a exigência de que o segurado seja consultado acerca da realização de perícia à distância ou sobre o interesse na suspensão do processo até quando seja possível a realização da perícia presencial.

O terceiro elemento relevante é a existência de quesitação específica, dirigida ao perito, sobre a suficiência da avaliação não presencial no caso concreto ou sobre a necessidade de exame presencial para formação de sua convicção. A resposta a esse quesito deve ser fundamentada concretamente, não apenas com um “sim” ou um “não”.

O quarto elemento refere-se à fundamentação do laudo pericial à distância. Este deve considerar especificamente eventual laudo de perícia administrativa existente, endereçando-a e apontando quais elementos lhe permitem, mesmo sem a renovação do exame presencial, afastar as suas conclusões. Laudos de perícia administrativa são dotados de presunção de legitimidade e veracidade, o que foi ainda mais reforçado a partir da 13.846/2019, que desvinculou a Perícia Médica Federal do INSS, transferindo-a para o Ministério da Economia. Trata-se de órgão de

perícias do Estado Brasileiro, que, como toda Administração Pública, deve observar o princípio da impessoalidade e, por isso, os laudos decorrentes dessa atuação não podem ser simplesmente ignorados pela perícia judicial. Isso é ainda mais importante quando se trata de perícia não presencial que afasta as conclusões de exame presencial.

O quinto elemento se refere à inadequação de soluções definitivas com base em provas tão frágeis quanto perícias não presenciais. A nosso ver, havendo indicação de incapacidade permanente, seja para concessão de aposentadoria por invalidez, de auxílio-acidente, ou mesmo para o encaminhamento à reabilitação profissional, *sem prejuízo da concessão de tutela provisória*, o julgamento definitivo deve ser precedido de complementação por exame presencial. A precariedade da prova realizada em momento temporário de exceção apenas pode justificar medidas emergenciais, como a concessão de auxílio-doença por período não extenso.

Na mesma linha, entendemos que a concessão de auxílio-doença por dois anos ou mais, *para os fins aqui tratados*, se equipara a uma concessão de benefício por incapacidade permanente. Isso levando em conta o prazo bienal de revisão do benefício de aposentadoria por invalidez, o qual (não obstante a mudança na redação do art. 46, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/99) ainda está previsto nos arts. 222 e 223 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015, além de se tratar de prazo tradicional e perfeitamente razoável. Ora, se a própria aposentadoria por invalidez, devida em razão de incapacidade permanente, está sujeita a *revisão bienal*, não seria razoável conceder tratamento diverso no que concerne à prova de incapacidades temporárias por períodos iguais ou superiores a 2 (dois) anos, devendo-se exigir, para tanto, a realização de exame presencial no segurado.

Além disso, o exame presencial também é necessário para situações em que a determinação da data de início da incapacidade seja fundamental para a solução do caso concreto, importando na (des) caracterização de uma pré-existência ou influenciando na conclusão sobre o preenchimento ou não da **carência** exigida. Assim, tratando-se de situação fática complexa, em que haja fundadas dúvidas, seria temerário decidir, **com força de coisa julgada**, pelo preenchimento ou não dos requisitos da qualidade de segurado e da carência. Em tais casos, sem prejuízo da adoção da data de início da incapacidade indicada no laudo da perícia não presencial para fins de análise de verossimilhança (tutela provisória), a prudência recomenda que a prova seja complementada de forma presencial antes do proferimento de uma sentença de mérito.

No que se refere às perícias em dois tempos (perícia fracionada e laudo preliminar seguido de exame presencial obrigatório), estas seriam soluções plenamente adequadas para adoção geral em uma pandemia

de curta duração, como se pensava que fosse ocorrer inicialmente. Tais soluções são bastante alinhadas com o espírito da Lei nº 13.982/2020 e de suas primeiras regulamentações (no sentido de antecipar-se um salário-mínimo e depois realizarem-se perícias presenciais em todos os casos).

Não obstante, a realidade impôs uma pandemia de mais de um ano e que tende a não se resolver completamente antes de 2022, estando-se a enfrentar, no momento atual (março de 2021), crise sanitária ainda mais grave do que aquela vivenciada em 2020. Levando-se isso em conta, as perícias em dois tempos se mostram insustentáveis *como regra*, embora possam ser utilizadas nos casos em que a primeira avaliação indique a existência de incapacidade permanente ou temporária de longa duração ou quando haja suspeita de preexistência ou de falta de carência, que exija definição precisa da data de início da incapacidade.

Considerando-se as outras três alternativas mencionadas no capítulo anterior, tem-se que a dita “prova técnica simplificada” é, na prática, idêntica a uma perícia indireta, sendo que ambas são menos completas do que uma teleperícia, na qual há interação do perito médico com o periciado por meio de videoconferência. Dessa forma, considerados todos os aspectos já mencionados acima, pode-se estabelecer a seguinte ordem de preferência probatória, conforme as possibilidades justificadamente existentes a cada momento e em cada localidade:

1. Para incapacidade temporária não extensa (o que representa a grande maioria dos casos): 1.1 Perícia presencial; 1.2 Teleperícia; 1.3. Perícia indireta/prova técnica simplificada;

2. Para incapacidade permanente (aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente e auxílio-doença com reabilitação profissional) ou quando houver suspeita de preexistência ou não cumprimento da carência, ou, ainda, para incapacidades temporárias extensas: 2.1. Perícia presencial; 2.2. Perícia fracionada (com complementação presencial) ou parecer preliminar seguido de exame presencial obrigatório. Em tais casos, a primeira análise pode embasar um juízo de verossimilhança (antecipação de tutela), mas o julgamento definitivo deve aguardar a complementação por exame presencial.

Assim, enquanto houver a pandemia, a tendência é que haja uma coexistência entre a perícia presencial e os meios probatórios à distância, com alguma alternância conforme o local, o momento e a gravidade da incapacidade e da situação sanitária então existente. Nessa linha, foi recém-publicada a Lei nº 14.131 de 30 de março de 2021, com o seguinte teor:

Art. 6º Fica o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) autorizado, até 31 de dezembro de 2021, a conceder o benefício de auxílio por incapacidade temporária de que trata o art. 59 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, mediante apresentação pelo requerente de atestado médico e de documentos complementares que comprovem a doença informada no atestado como causa da incapacidade.

§ 1º Os requisitos para a apresentação e a forma de análise do atestado médico e dos documentos complementares referidos no caput deste artigo serão estabelecidos em ato conjunto da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS.

§ 2º O procedimento estabelecido no caput deste artigo será adotado em caráter excepcional e a duração do benefício por incapacidade temporária dele resultante não terá duração superior a 90 (noventa) dias.

§ 3º O INSS cientificará o requerente, no momento do requerimento, de que o benefício concedido com base neste artigo não está sujeito a pedido de prorrogação e de que eventual necessidade de acréscimo ao período inicialmente concedido, ainda que inferior a 90 (noventa) dias, estará sujeita a novo requerimento.

A medida aprovada pelo Congresso Nacional é substancialmente diversa daquela que vigorou ao longo do ano de 2020 (art. 4º da Lei nº 13.982/2020) e incorpora o aprendizado decorrente desta. Primeiramente, em vez de uma mera antecipação no valor de um salário-mínimo, fica autorizada desde logo a concessão do benefício propriamente dito, com seu valor real.

Tal disposição se mostra mais adequada para o momento atual, afinal grande parte dos benefícios concedidos sob a égide da Lei 13.982/2020 acabou sendo objeto de convalidação, com aproveitamento da análise de mera conformidade dos atestados apresentados. Também nesse aspecto a disposição da nova lei se mostra mais robusta, já que a análise a ser realizada pelo Perito Médico Federal passa a ser de mérito, incidindo sobre o “atestado médico e documentos complementares”, significando, portanto, a adoção da perícia indireta de forma limitada e temporária.

Durante a apreciação pelo Congresso Nacional da Medida Provisória nº 1.006-B/2020, restou consignado o seguinte no parecer da Relatoria (do Projeto de Lei de Conversão nº 02/2021)¹⁹:

¹⁹ Disponível em 30/03/2021, no endereço eletrônico https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1968404.

Por fim, a terceira e última medida para melhoria dos serviços prestados aos aposentados diz respeito à autorização que havia sido concedida pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, para que o INSS concedesse a antecipação de um salário mínimo para os requerentes do auxílio por incapacidade temporária, mediante apresentação de atestado médico.

Essa autorização, fundamental durante o período em que as Agências da Previdência Social estiveram com o atendimento presencial suspenso, vigorou inicialmente de abril a junho de 2020, sendo posteriormente prorrogada até novembro, pelos Decretos nº 10.413, de 2 de julho de 2020, e nº 10.537, de 28 de outubro de 2020.

Embora o atendimento das Agências da Previdência Social (APS) tenha sido retomado a partir do dia 14 de setembro, somente aquelas que observaram todas as condições sanitárias estabelecidas no plano de ação para retorno gradual e seguro do atendimento presencial estão recebendo o público. Segundo o INSS, 22,2% das APS ainda não foram reabertas até o presente momento. Além disso, cerca de 30% dos Peritos Médicos Federais ainda não puderam retornar ao atendimento presencial, por estarem nos grupos de risco da pandemia.

A medida proposta no art. 7º do Projeto de Lei de Conversão ajudará a contornar esses problemas, ao permitir que os segurados com períodos de afastamento mais curto (até 90 dias) possam apresentar o requerimento do auxílio por incapacidade temporária pelos canais de atendimento remoto do INSS.

Essa autorização proporcionará diversos ganhos: reduzirá a necessidade de deslocamentos dos segurados; permitirá que os Peritos Médicos Federais que estão em trabalho remoto possam analisar tais requerimentos; e liberará os Peritos que estão no atendimento presencial possam se dedicar aos casos de maior duração e complexidade, com a redução dos prazos de agendamento.

Diferentemente do previsto no art. 4º da Lei nº 13.982, de 2020, a nova autorização permitirá a efetiva concessão do benefício pelo seu valor final, e não apenas a antecipação de um salário mínimo. Por essa razão, além do atestado médico poderão ser solicitados documentos adicionais (por exemplo, exames, laudos e relatórios médicos) que permitam ao Perito Médico Federal formar com maior segurança o juízo de verossimilhança da incapacidade temporária. (Grifo meu)

Como se observa, portanto, pelo projeto, a análise deixa de ser meramente de atendimento aos requisitos formais do atestado e passa a ser verdadeira análise de mérito a ser realizada pela Perícia Médica Federal, representando, portanto, a adoção da perícia indireta na via administrativa para casos de menor complexidade e duração (concessão de auxílio-doença por até 90 dias).

O projeto também incorpora importante aprendizado decorrente da experiência com as antecipações de auxílio-doença, em que se verificou grande dificuldade de operacionalização dos pedidos de prorrogação, seja em função das dificuldades inerentes à utilização dos meios tecnológicos pelos segurados, seja pela curta duração dos benefícios, que por vezes não oportunizava a análise administrativa antes de decorrido o prazo de sua duração. Na medida em que, sob a égide da regulamentação da Lei nº 13.982/2020, não houve limitação da reiteração de requerimentos administrativos de antecipação de benefício com base em atestado, e considerando a grande facilidade da sua efetivação pelo sistema “Meu INSS”, o que acabou se verificando em muitos casos foi a realização de novo pedido administrativo, pelos segurados, a contar do dia seguinte à cessação da antecipação, o que produz o mesmo efeito prático de uma prorrogação.

O projeto de lei em questão, assim, veda a realização de pedido de prorrogação, mas admite a renovação da postulação mediante novo requerimento, o que tende a ser de mais fácil entendimento e operacionalização. Dessa forma, na prática, com a nova lei, os benefícios devidos em razão de incapacidade temporária de curta duração (limitados, em princípio, a dezembro de 2021) poderão ser concedidos administrativamente com base em perícia indireta, ao passo que os benefícios por incapacidade temporária de longa duração ou decorrentes de incapacidade permanente (aposentadoria por incapacidade permanente, auxílio-acidente, auxílio-doença com reabilitação profissional) deverão ser submetidos à perícia presencial.

A solução é bastante semelhante à que sugerimos acima, sendo que o art. 6º da Lei nº 14.131/2021 é lei especial em relação ao art. 30, §12, da Lei nº 11.907/2009 (com a redação dada pela Lei nº 13.846/2019), concedendo autorização temporária para realização de perícia indireta nas hipóteses nele delineadas.

A regulamentação da novel disposição legal também foi recentemente estabelecida por meio da Portaria Conjunta SEPRT-ME/INSS nº 32, de 31/03/2021. Além de repetir regras já constantes na lei, a referida portaria traz algumas outras disposições importantes. Entre elas, o normativo deixa claro que a análise da documentação apresentada não é de mera conformidade, mas também de mérito, fundada na verossimilhança da incapacidade temporária informada:

Art. 4º O atestado médico e os documentos complementares comprobatórios da doença serão submetidos à Perícia Médica Federal, *que realizará a análise de conformidade documental e da verossimilhança da incapacidade temporária informada*, com base em critérios estabelecidos pela Subsecretaria da Perícia Médica Federal da Secretaria de Previdência. (Grifo meu)

Além disso, consta na Portaria a previsão de sua aplicabilidade nas localidades alcançadas por uma das seguintes hipóteses²⁰: 1. Situações impeçam o regular funcionamento dos serviços da Perícia Médica Federal (PMF); 2. Redução da força de trabalho dos servidores da PMF acima de 20% (vinte por cento), em razão das orientações estabelecidas pelos órgãos administrativos competentes pela gestão de pessoal; 3. Tempo de espera para atendimento presencial pela PMF superior a sessenta dias.

Por sua vez, os requisitos previstos pelo §1º do art. 3º da Portaria²¹ são muito semelhantes aos que foram previstos na regulamentação da antecipação do auxílio-doença, com alguns acréscimos importantes: 1. Aceitabilidade do Registro Único do Ministério da Saúde (RMS), em substituição ao CRM do médico no atestado; 2. Necessidade de o atestado conter a “data estimada do início dos sintomas da doença, acompanhada da declaração de

20 “Art. 2º Aplica-se o disposto nesta Portaria às unidades com atendimento da Perícia Médica Federal alcançadas por uma das seguintes situações:

I - Impossibilidade de abertura devido a adoção de medidas de isolamento, quarentena ou restrição à circulação de pessoas determinada em ato dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou em decisão judicial, ou outra razão que impeça o regular funcionamento dos serviços da Perícia Médica Federal;

II - Redução da força de trabalho dos servidores da Perícia Médica Federal disponível para atendimento presencial acima de vinte por cento da capacidade operacional da unidade, em razão das orientações estabelecidas pela Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, na condição de órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal (SIPEC), e atos complementares da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho; ou

III - Agendamento para atendimento presencial pelo serviço da Perícia Médica Federal com tempo de espera superior a sessenta dias.

Art. 3º O segurado do Regime Geral de Previdência Social que resida em localidade alcançada por uma das situações de que trata o art. 2º poderá comprovar a incapacidade para o trabalho por meio da apresentação de atestado médico e documentos complementares que comprovem a doença informada no atestado como causa da incapacidade.”

21 “Art. 3º (...)

§ 1º A documentação médica será apresentada no momento do requerimento do auxílio por incapacidade temporária com a indicação da data estimada do início dos sintomas da doença, acompanhada da declaração de responsabilidade quanto a sua veracidade, e contemplará:

I - Obrigatoriamente, o atestado emitido pelo médico assistente, observados os seguintes requisitos:

a) redação legível e sem rasuras;

b) assinatura e identificação do profissional emitente, com registro do Conselho Regional de Medicina ou Registro Único do Ministério da Saúde (RMS);

c) informações sobre a doença, preferencialmente com a Classificação Internacional de Doenças (CID); e

d) período estimado de repouso necessário;

II - Complementarmente, exames, laudos, relatórios ou outros documentos contemporâneos que comprovem a doença informada na documentação médica apresentada.”

responsabilidade quanto a sua veracidade”, o que visa inibir manobras para burlar a preexistência e falta de carência dos benefícios, sujeitando o declarante à responsabilização criminal em caso de falsidade; e 3. Possibilidade de serem apresentados documentos complementares tais como exames, laudos, relatórios “ou outros documentos contemporâneos que comprovem a doença informada na documentação médica apresentada”. A excepcionalidade da medida restou reforçada pelo §2º do mesmo artigo, sendo prevista, ainda, regra que visa a evitar o cancelamento das perícias presenciais agendadas no §5º²².

Por fim, restou prevista a possibilidade de a Perícia Médica Federal (PMF) exigir a realização de exame presencial²³, caso em que o segurado será notificado para agendá-lo, sob pena de arquivamento do processo sem análise de mérito, por desistência do pedido (sem prejuízo de apresentação de novo requerimento, com efeitos apenas a partir da nova solicitação). Tal medida nos parece salutar, porque, tal como já ocorre na via judicial, a critério do perito médico, haverá situações em que não se mostrará tecnicamente possível uma análise minimamente adequada (sequer de verossimilhança) com base apenas em documentos, hipótese em que o exame presencial se mostrará imprescindível.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que é necessário haver parcimônia na utilização de provas alternativas tanto na via administrativa, quanto na via judicial, observando-se sempre a necessidade de justificativa específica embasada em dados ou circunstâncias fáticas que demonstrem a impossibilidade da realização de perícia presencial em cada localidade e a cada momento.

Tratando-se de processo judicial, em caso de impossibilidade justificada de realizar-se uma perícia presencial, é razoável consultar o segurado acerca do interesse na suspensão do processo ou realização de prova alternativa. Caso adotada prova não presencial, deve haver quesitação específica direcionada ao expert acerca da suficiência da avaliação à distância no caso concreto, sendo que a fundamentação do laudo também deve considerar a perícia realizada na via administrativa de forma expressa e detalhada.

22 “Art. 3º (...)”

5º O disposto no caput não se aplica aos segurados com exame médico pericial presencial agendado dentro do prazo de até sessenta dias, exceto quando caracterizada situação de impedimento ao funcionamento dos serviços da Perícia Médica Federal prevista no inciso I do art. 2º.”

23 “Art. 5º O Instituto Nacional do Seguro Social notificará o requerente sobre a necessidade de agendamento de exame médico pericial presencial, quando exigido pela Perícia Médica Federal.

Parágrafo único. A ausência de agendamento de que trata o caput, no prazo fixado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, implicará em arquivamento do processo sem análise de mérito, por desistência do pedido, facultada a apresentação de novo requerimento pelo interessado, que terá efeitos a partir da nova solicitação.

Além disso, pode-se considerar que há uma ordem de preferência entre as possibilidades probatórias existentes, cujo eventual afastamento deve ser objeto de fundamentação específica. A substituição de exame presencial por perícia à distância só é adequada para a obtenção de soluções mais temporárias (como concessão, mesmo que por sentença, de auxílios-doença por prazo não extenso); de outra forma, deve ser complementada a avaliação à distância por exame presencial em um segundo momento nos casos em que a solução seja mais permanente (aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente, auxílio-doença com reabilitação profissional, auxílios-doença por prazo extenso e casos em que a data de início da incapacidade seja crucial para definição do preenchimento da carência e da qualidade de segurado), sem prejuízo da avaliação do cabimento da concessão de tutela provisória entretentes.

Na via administrativa, o caminho traçado é semelhante, especialmente pela recém sancionada Lei nº 14.131/2021 e pela sua regulamentação (Portaria SEPRT-ME/INSS nº 32/2021). Em resumo, há que se privilegiar sempre a perícia presencial, mas deve ser mantida aberta a porta para a utilização de perícias à distância quando as circunstâncias fáticas assim o exigirem e de forma limitada ao período de calamidade pública decorrente da pandemia e aos casos menos graves, de modo que os casos mais graves possam ser atendidos pela perícia presencial.

REFERÊNCIAS

CENTRO DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM SÃO PAULO. *Nota Técnica* NI CLISP 12, de 30 de março de 2020.

CENTRO DE INTELIGÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NO PARANÁ. *Nota Técnica* PRCTCLIPR nº 04/2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Resolução nº 317 do CNJ*, de 30 de abril de 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Parecer CFM nº 03*, de 08 de abril de 2020.

_____. *Parecer CFM nº 10*, de 09 de julho de 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA; ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA; ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA LEGAL E PERÍCIA MÉDICA; ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEDICINA DO TRABALHO. *Nota Técnica Conjunta CFM/AMB/ABMLPM/ANAMT*, de 30 de abril de 2020.

**A CARÊNCIA NO REGIME
PREVIDENCIÁRIO: ANÁLISE A PARTIR
DAS ALTERAÇÕES PROVOCADAS PELAS
MEDIDAS PROVISÓRIAS 739/2016, 767/2017
E 871/2019.**

*CONTRIBUTION TIME IN THE SOCIAL SECURITY
SYSTEM: ANALYSIS FROM THE CHANGES CAUSED BY THE
EXECUTIVE ORDERS 739/2016, 767/2017 AND 871/2019.*

Camila Chair Sampaio

*Especialista em Direito do Estado, Procuradora Federal, atua na Equipe de Trabalho
Remoto em Benefícios por Incapacidade da 3ª Região (ETR-BI/TRF3).*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Carência: Análise e implicações; 1.2 A carência na perda da qualidade de segurado e refiliação; 2. Medidas provisórias: Considerações gerais; 2.1 Medidas provisórias e prazo de carência; 2.1.1 Medida provisória 739/2016; 2.1.2 Medida provisória 767/2017 e a Lei 13.457/2017; 2.1.3 Medida provisória 871/2019 e a Lei 13.846/2019; 2.2 Sucessão no tempo; 3. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo busca analisar as alterações provocadas pelas medidas provisórias 739/2016, 767/2017, 871/2019 e as respectivas leis de conversão no regulamento da carência para benefícios previdenciários incapacitantes. Será demonstrada a aplicação destas normas no tempo, bem como os dissensos jurisprudenciais em torno delas. Para tanto, serão abordados os temas da eficácia da medida provisória, da aplicação do princípio *tempus regit actum*, bem como as implicações que estas alterações acarretam sobre a ordem previdenciária e o entendimento consolidado da TNU. Em última análise, tratará do fato gerador incapacidade como elemento indissociável da aplicação da medida provisória no tempo, para fins de concessão de benefícios previdenciários.

PALAVRAS-CHAVE: Carência. Medidas Provisórias. Vigência. Efeitos. *Tempus regit actum*.

ABSTRACT: This article aims to analyze the changes caused by the executive orders 739/2016, 767/2017, 871/2019 and the respective conversion laws in the regulation of the contribution time for disabling social security benefits. The application of these rules over time will be demonstrated, as well as the jurisprudential disagreements around them. Ultimately, it will deal with the generating event of incapacity as an inseparable element of the application of the provisional measure over time, for the purpose of granting social security benefits.

KEYWORDS: Contribution Time. Provisional Measures. Validity. Effects. *Tempus regit actum*.

INTRODUÇÃO

Dada a relevância jurídica da matéria previdenciária, não causa surpresa o fato de as alterações legislativas provocadas na Lei de Benefícios Previdenciários (Lei 8.213/91) envolverem discussões doutrinárias e dissensos jurisprudenciais.

Dos variados temas afetos a estas alterações, optou-se, no presente ensaio, por um dos assuntos mais relevantes na concessão de benefícios previdenciários incapacitantes: a carência. Compreendida como número mínimo necessário de contribuição, o cumprimento da carência é um dos principais requisitos para o recebimento de benefícios previdenciários por incapacidade.

Com as alterações provocadas pelas medidas provisórias 739/2016, 767/2017, 871/2019 e as leis de conversão no regime geral de previdência, algumas discussões acerca da aplicabilidade destas normas no tempo foram travadas, como já era esperado. Os debates residem principalmente sobre o número mínimo de contribuição para fazer jus ao benefício de auxílio por incapacidade temporária e de aposentadoria por incapacidade permanente em determinado momento.

A não conversão de parte das medidas provisórias em lei, bem como as alterações advindas nas leis de conversão acarretam confusões atreladas à aplicabilidade das normas no caso concreto. Desse modo, busca-se enfrentar todas as questões intertemporais que giram em torno destas alterações, como a perda da eficácia da norma e a produção de seus efeitos enquanto vigentes.

Neste ponto, as mudanças legislativas que eclodiram com a MP 739/2016, demandam análise e remetem ao estudo da aplicabilidade do tempus regit actum, à luz da jurisprudência e doutrina nacionais. O presente trabalho busca, nesta linha, analisar cada uma dessas mudanças e os seus efeitos práticos na ordem jurídica.

Para tanto, o artigo parte da análise da compreensão da carência, aprofundando depois as considerações acerca das medidas provisórias que tiveram o condão de alterar o parágrafo único do artigo 24 da lei de benefícios previdenciários. Em seguida, avança-se ao exame dos efeitos provocados pela vigência temporária dessas normas no regime previdenciário, especialmente trazendo à análise a jurisprudência acerca do tema.

1. CARÊNCIA: ANÁLISE E IMPLICAÇÕES

Em uma breve análise, a carência pode ser compreendida como a quantidade de contribuição mínima e necessária que deve ser recolhida para

que o segurado faça jus a determinados tipos de benefícios previdenciários. Em outros termos, nada mais é do que a quantidade de recolhimentos vertidos ao regime geral que o segurado deve ter antes de sobrevir o fato gerador, para que possa receber o benefício previdenciário.

Chama-se período de carência o tempo de contribuição (melhor ainda: a quantidade de contribuições mensais ou, no caso do segurado especial, o tempo de exercício da atividade) exigível para que o segurado tenha direito à percepção de determinado benefício.¹

Para os benefícios por incapacidade, objeto ao qual se atém o nosso estudo, o fato gerador é a data de início da incapacidade. Assim, é preciso que o segurado detenha a qualidade de segurado e o número mínimo de contribuições ao regime geral antes de sobrevir a incapacidade. Representa mais uma exigência prevista em lei, que tem por objetivo principal evitar a ocorrência de fraudes, além de resguardar o equilíbrio do sistema financeiro e atuarial.

Nesta perspectiva, o artigo 25 da lei 8.213/91 define:

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

Tratando sobre o tema, Frederico Amado afirma ser o conceito legal incompleto. E defende, em complementação à definição legal, que o período de carência pressupõe também que as contribuições previdenciárias recolhidas sejam feitas de modo tempestivo²: “Ou seja, a carência se realizará não apenas com o pagamento das contribuições previdenciárias, mas também com o seu recolhimento em dia”.

E aqui, vale trazer à baila uma ressalva: a tempestividade é aferida apenas nas hipóteses de segurado que não tem presunção de recolhimento. Em outros termos, para os empregados domésticos, contribuintes individuais prestadores de serviço à empresa, bem como empregados em geral, a carência será analisada a partir da filiação do segurado ao emprego, e não a partir do pagamento das contribuições tempestivamente.

Eis que para esse grupo de segurados, a responsabilidade tributária pelo recolhimento é do empregador, e não do trabalhador. Portanto, não poderia recair sobre ele o ônus de fiscalizar se o recolhimento foi feito de modo correto e tempestivamente pelo empregador. Basta demonstrar

1 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 19ª edição. 2016, p. 543.

2 AMADO, Frederico. Curso de Direito e Processo Previdenciário, 12ª edição, 2020, p.496.

a efetiva prestação do serviço e recebimento de salário, quando então se presumirá que o recolhimento foi efetuado de modo correto.

Ultrapassada estas breves considerações, e focando especificamente os benefícios incapacitantes, definidos como o de auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente, tem-se como regra geral a carência mínima atual de 12 contribuições mensais.

Todavia, vale registrar que a exceção à regra da carência é vista para as hipóteses de incapacidade decorrente de acidente de qualquer natureza ou causa, de doença profissional ou do trabalho, todas elas previstas no artigo 26, inciso II e artigo 151, da Lei de Benefícios, bem como nas hipóteses de patologias mais graves, listadas na Portaria Ministerial MPAS/MS nº 2.998, de 23.08.2001³.

Em síntese, para que alguém faça jus ao benefício incapacitante, é preciso que tenha a qualidade de segurado e a quantidade mínima de recolhimentos vertidos de modo tempestivo, salvo nas hipóteses de isenção.

1.2. A CARÊNCIA NA PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO E REFILIAÇÃO

Aqui surge o ponto no qual se busca abordar com mais cuidado, que é a perda da qualidade de segurado e a carência para que possa reavê-la. Veja que a perda da qualidade de segurado é uma situação potencialmente gravosa, que pode vir a prejudicar a pessoa que seja acometida de alguma incapacidade laborativa. Com a cessação de recolhimentos vertidos ao RPGS, inicia-se a contagem do período de graça, que corresponde ao período no qual o autor manterá a qualidade de segurado, mesmo deixando de verter contribuição ao sistema.

Com o decurso do período de graça, configura-se a perda da qualidade de segurado. O artigo 102, da Lei 8213/91, prevê que a perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade. Destarte, exsurge a questão da quantidade de recolhimentos que o segurado precisa voltar a verter ao RPGS para que possa usufruir de eventual benefício previdenciário incapacitante.

As medidas provisórias 739/2016, 767/2017, 871/2019 e as leis decorrentes das conversões, n. 13.457/2017 e n. 13.846/2019 provocaram alterações na regra geral da carência mínima para reaver a condição de segurado. Conforme se verificará, muitas tiveram curta duração, mas eficácia naquele período de vigência, o que provoca dissenso na sua aplicabilidade.

3 BRASIL. Portaria Interministerial MPAS/MS nº 2.998, de 23.08.2001. Diário oficial da União, Brasília, 2001.

A redação original do parágrafo único do artigo 24 da Lei 8.213/91 trazia a seguinte previsão⁴:

Havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido. (Vide Medida Provisória nº 242, de 2005).

Para que o segurado computasse as contribuições anteriores à perda da qualidade de segurado, é preciso que contasse, ao menos, a partir do reingresso ao RGPS, com um terço do número mínimo de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício específico.

Tratando-se de benefício por incapacidade, em que a regra geral de carência é de doze meses, como já visto, o segurado deveria recolher ao RGPS quatro contribuições (equivalente a 1/3 de 12), para que pudesse computar as anteriores, antes de sobrevir a inaptidão.

Todas as alterações sobre o referido dispositivo, e que serão tratadas em seguida, a começar pela MP 739, publicada em 07.07.2016, tiveram o condão de modificar a quantidade mínima de recolhimentos de um terço.

Daí a análise de cada uma delas separadamente é medida que se impõe para uma compreensão mais aprofundada do tema abordado.

2. MEDIDAS PROVISÓRIAS: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Antes de adentrar na análise das alterações que trouxeram nova disciplina ao parágrafo único do artigo 24 da Lei 8.213/91, não se pode perder de vista que as medidas provisórias assumem um regramento diverso de outras normas jurídicas, quanto a sua eficácia no tempo, bem como ao requisito para sua edição.

Prevista no art. 62 da Constituição Federal, a medida provisória é editada pelo Presidente da República, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional. Portanto, incumbe ao chefe do poder executivo a atribuição de se valer de medidas provisórias para regular determinados assuntos de modo excepcional. Eis que além da atribuição conferida ao chefe do executivo, o artigo 62 exige que a MP seja voltada apenas para situações de relevância e urgência.

⁴ BRASIL. Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 07 mar.2021

A propósito, vale aqui a crítica tecida por Marcelo Novelino sobre o uso descontrolado e indevido da referida norma, desvirtuando-se o seu significado:

O uso desmedido por sucessivos Presidentes ao longo dos anos tem suscitado dúvidas sobre a legitimidade deste instrumento de caráter excepcional. (...) A utilização indevida ou abusiva deve ser reprimida por meio de uma atuação mais rigorosa do Poder Legislativo quando da apreciação dos pressupostos constitucionais e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário, quando provocadas para tal⁵.

A crítica é pertinente quando se volta o foco para a análise das sucessivas alterações sobre o parágrafo único do art. 24, da lei 8.213/91, dando ensejo a uma verdadeira insegurança jurídica.

A medida provisória tem vigência de 60 dias, contado a partir da sua publicação, prorrogável uma vez pelo mesmo período, conforme dispõe o § 4º do art. 62, da Constituição Federal. Esta prorrogação é automática, caso sua votação não tiver sido encerrada nas casas do Congresso Nacional.

Importa saber que são dois os efeitos provocados pela medida provisória após sua edição: vigência e eficácia imediatas e provocação do Congresso Nacional para conversão em lei. O primeiro efeito assume relevância no tema em análise, à medida que, mesmo não tendo sido ainda convertidas, já são capazes de promover alteração na ordem jurídica.

O decurso do prazo é causa de rejeição da medida provisória, de modo tácito ou expresso. Importa saber que em ambos os casos, haverá a perda da eficácia desde a sua edição.

Mas, não havendo o decreto legislativo regulador, serão conservadas as relações travadas no período de vigência, consoante dispõe o §11 do artigo 62, da Constituição Federal. Aplica-se à hipótese, o instituto do *tempus regit actum*.

Outro ponto digno de nota é de que a medida provisória não tem o condão de revogar lei. Dispondo sobre a mesma matéria de uma lei anterior, esta ficará com a eficácia suspensa, até que a medida provisória seja rejeitada – tácita ou expressamente pela casa legislativa – ou convertida em lei.

Apresentadas estas premissas, passa-se a analisar as alterações provocadas pelas MP a serem abordadas no presente ensaio.

5 NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª Edição. 2021. p.625

2.1.1. MEDIDA PROVISÓRIA 739/2016

A primeira alteração promovida sobre o parágrafo único do artigo 24 decorreu da edição da MP 739/2016. Veja que a r. norma veio a ser publicada somente em 08.07.2016.

Entre outras abordagens que não convêm trazê-las neste ensaio, a medida provisória trouxe no seu artigo 1º a inclusão do parágrafo único ao artigo 27 da lei 8.213/91, com a seguinte disposição:

No caso de perda da qualidade de segurado, para efeito de carência para a concessão dos benefícios de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez e de salário-maternidade, o segurado deverá contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com os períodos previstos nos incisos I e III do caput do art. 25. (Incluído pela Medida Provisória nº 739, de 2016) (Vigência encerrada)

O inciso I do caput do artigo 25 da medida provisória trata da carência cheia de 12 meses para os benefícios por incapacidade.

Como a MP tem vigência imediata a partir da sua publicação, a partir de 08.07.2016 tornou-se aplicável a regra da carência de 12 meses (carência cheia), para que o segurado que eventualmente tenha perdido tal condição pudesse reaver o período de recolhimento anterior.

Como bem destacou Paulo Afonso Brum Vaz, ao discorrer sobre as mudanças provocadas pela norma em análise, para quem a r. alteração veio em uma tentativa de superar o que se chama de “sangria” dos cofres previdenciários, consubstanciada na concessão de benefício incapacitante mediante o recolhimento de apenas 4 contribuições pelo segurado que tiver perdido tal qualidade quando se filiasse novamente à Previdência Social.⁶

Veja que tal condição só foi imposta a partir da publicação, não tendo efeitos retroativos (*ex tunc*). O período que antecede a data de publicação da norma, ou seja, anterior a 07.07.2016, deve ser disciplinado pela regra de 1/3, contida originalmente no parágrafo único do artigo 24.

Ocorre que a medida provisória em análise não foi convertida em lei. Embora prorrogada por mais sessenta dias, teve a sua eficácia exaurida, pelo que se pode chamar de rejeição tácita. Eis que caducou por ausência de votação nas casas legislativas em 04.11.2016. Não houve decreto legislativo regulando os seus efeitos, assim como em todas as que vieram na sequência.

6 VAZ, Paulo Afonso Brum. MP 739 *chega com risco de sobrecarregar Justiça Previdenciária*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jul-19/paulo-afonso-vaz-mp-739-sobrecarregar-justica-previdenciaria>. Acesso em: 07 mar.2021

Assim, teve prazo de duração curto, entre a data de publicação (08.07.2016) e de caducidade (04.11.2016).

2.2.2. MEDIDA PROVISÓRIA 767/2017 E A LEI DE CONVERSÃO N. 13.457/2017.

Na sequência, e em nova tentativa de alterar o texto original, foi publicada a MP 767, de 06 de janeiro de 2017, cujo teor resgatou a mesma carência integral de 12 meses, para o caso do segurado que pudesse recuperar os recolhimentos efetuados antes da perda de tal condição.

Assim, alterou os termos do parágrafo único do artigo 24, da Lei 8.213/91, pelo que passou novamente a ter efeito a carência cheia. Neste aspecto, trouxe no seu art. 1º a inclusão do art. 27-A à Lei 8.213/91, que dispunha:

Art. 27- A . No caso de perda da qualidade de segurado, para efeito de carência para a concessão dos benefícios de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez e de salário-maternidade, o segurado deverá contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com os períodos previstos nos incisos I e III do caput do art. 25. (NR)

Portanto, tanto a MP 739/2016, como a 767/2017 trouxeram como disciplina geral para recuperação da condição de segurado a carência integral, em prejuízo do segurado, que agora teria que voltar a contribuir com o total de 12 contribuições.

Ora, considerando que o benefício incapacitante tem como exigência este número mínimo de recolhimentos, é como se o segurado tivesse um reingresso ao sistema sem considerar as parcelas anteriores vertidas, para que pudesse usufruir de um eventual auxílio por incapacidade temporária ou aposentadoria por incapacidade permanente.

Embora a intenção seja justificada, a instabilidade provocada pelo curto período de vigência delas acarretou um efeito contrário: a insegurança jurídica e o aumento de demandas judiciais, com o propósito de fazer incidir a regra anterior, mais benéfica ao segurado.

Ao revés da primeira, a medida provisória 767/2017 veio a ser convertida na Lei 13.457/2017, em vigor a partir de 27 de julho de 2017.

Não houve decreto legislativo disciplinando as relações que antecederam a vigência da nova lei, como era de se esperar.

Importa, todavia, sinalizar que a lei de conversão não trouxe a mesma previsão da norma que a originou. Eis que a lei passou a exigir uma carência mais branda de ½, e não integral. Assim, o reingresso no

RGPS deveria ser acompanhado de 6 recolhimentos para que fizesse o segurado jus ao benefício incapacitante pretendido.

A propósito, vale a transcrição do seu dispositivo:

Art. 27-A . No caso de perda da qualidade de segurado, para efeito de carência para a concessão dos benefícios de que trata esta Lei, o segurado deverá contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com metade dos períodos previstos nos incisos I e III do caput do art. 25 desta Lei.

Portanto, a partir de 27.06.2017, os fatos geradores ocorridos com este marco inicial seriam por ela disciplinados.

2.2.3 MEDIDA PROVISÓRIA 871/2019 E A LEI DE CONVERSÃO N. 13.846/2019

Na sequência, houve nova alteração com a edição de nova medida provisória, a 871/2019, publicada em 18.01.2019, que extinguiu a regra do $\frac{1}{2}$ de carência, com nova alteração sobre o artigo 27-A da Lei 8.213/91:

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 os períodos integrais de carência previstos nos incisos I, III e IV do caput do art. 25. (NR)

O tema veio a ser regulado inclusive por meio do Memorando - Circular Conjunto nº 02/DIRBEN/PFE/DIRAT/INSS, de 28.01.2019:

6. No requerimento de benefícios de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez, de salário-maternidade e de auxílio-reclusão, havendo a perda da qualidade de segurado, deverá a partir da data da nova filiação à Previdência Social, cumprir todo o período exigido para fins de carência, conforme alteração do art. 27-A da Lei nº 8.213/91.

Por fim, a r. norma foi convertida na Lei 13.846/2019, em vigor em 18.06.2019, que restabeleceu a carência de $\frac{1}{2}$, também prevista na Lei 13.457/2017. Portanto, a lei de conversão novamente trouxe uma previsão mais favorável do que a norma que lhe deu origem.

Assim, atualmente, para que possa o segurado que perdeu tal condição se refiliar ao regime geral de previdência social, reavendo

as contribuições anteriores, é preciso que contribua, ao menos, com 6 recolhimentos tempestivos.

2.2.4. SUCESSÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIA NO TEMPO: APLICABILIDADE

Todas estas alterações acarretaram extrema insegurança jurídica, além de questionável do ponto de vista da sua constitucionalidade. Conforme visto, a edição de medida provisória deve ser feita de modo excepcional, para hipóteses em que haja, de fato, relevância e urgência.

Como bem ilustrado pelo juiz federal Victor Roberto Corrêa de Souza, a medida provisória é uma das mais autoritárias do processo constitucional brasileiro, tendo em vista ser um instrumento do qual o Poder Executivo se sobrepõe ao Poder Legislativo.⁷

Como era de se esperar, esse arcabouço jurídico gerou dúvidas quanto à sua aplicabilidade e aumento de indeferimentos na via administrativa. Como as modificações trouxeram um endurecimento nos requisitos, natural que a judicialização de demandas previdenciárias tenha aumentado.

No caso, embora a intenção fosse de assegurar uma maior exigência para os casos de perda da qualidade de segurado, não se pode ignorar que o fato de não ter sido regulamentada posteriormente, ou seja, a falta de apoio parlamentar acarretou o aumento de demandas judiciais em desfavor do INSS.

Muito se discutiu a respeito da vigência das referidas medidas provisórias e sua aplicação no tempo. Veja que a questão controvertida se insere basicamente no marco inicial para aplicação da nova previsão de carência de reingresso.

Parte da jurisprudência, acompanhado pela doutrina, defendeu a aplicação das medidas provisórias, levando como ponto de partida a data do requerimento administrativo para fins de aplicação da regra mais benéfica original de 1/3.

A 4ª Turma Recursal do Rio Grande do Sul partiu da interpretação no sentido de que o benefício incapacitante poderia ser concedido com observância da carência de 1/3, mesmo que a incapacidade tivesse eclodido na vigência das medidas provisórias.

Para tanto, foi sustentada tese na qual o segurado deveria cumprir com a carência mínima do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.213/91 antes da data do advento da MP 739/2016 (que suspendeu seus efeitos),

7 ROBERTO, Victor Corrêa de Souza. Medida Provisória 871/2019 – Um ensaio prévio à avaliação do Congresso Nacional., 23.01.2019. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/12051-medida-provisoria-871-2019-um-ensaio-previo-a-avaliacao-do-congresso-nacional> Acesso em: 07.03.2021.

mesmo que o requerimento administrativo e a incapacidade tivessem sobrevivendo já sua vigência.

Por outro lado, a mesma Turma Recursal reconheceu que se após a perda de qualidade de segurado a incapacidade fosse constatada no período de vigência da Medida Provisória 739/2016 e se não tivesse sido cumprida a regra do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.213/91 (que estava com seus efeitos suspensos) antes da sua vigência, o segurado só teria direito ao benefício se houvesse pago as 12 contribuições previstas no novo diploma legislativo.

Em síntese: para o julgado da turma recursal em análise, havendo perda da qualidade de segurado, os novos prazos de carência para a concessão do benefício de auxílio-doença previstos nas medidas provisórias 739/2016 e 767/2017, mesmo que a incapacidade tenha ocorrido na vigência de uma delas, aplicam-se somente quando o segurado não tiver cumprido a regra prevista no parágrafo único do revogado art. 24 da Lei nº 8.213/91 (pagamento de 1/3 das contribuições correspondentes à carência do benefício) até o mês de publicação das aludidas medidas provisórias.

Para outra parte da jurisprudência, defendeu-se, com base no *tempus regit actum*, que a data de início de incapacidade deveria ser o vetor inicial para a análise do tempo da carência exigida. Desse modo, deveria ser observada a regra de vigência ao seu tempo. Esse foi o entendimento defendido pelo INSS.

Conforme jurisprudência consolidada sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal, aos benefícios previdenciários, notadamente por força do princípio *tempus regit actum*, deve ser aplicada a lei vigente ao tempo da sua concessão, sem que isso configure violação ao princípio da isonomia. A propósito:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO ANTERIOR À LEI N. 9.032/95. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO. SÚMULA 359 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. Em matéria previdenciária, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a lei de regência é a vigente no tempo de concessão do benefício (*tempus regit actum*). 2. Lei nova (Lei n. 9.032/95 para os beneficiados antes do seu advento e Lei n. 8.213 para aqueles que obtiveram a concessão em data anterior a 1991), que não tenha fixado a retroatividade de seus efeitos para os casos anteriormente aperfeiçoados, submete-se à exigência normativa estabelecida no art. 195, § 5º, da Constituição: 'Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido

sem a correspondente fonte de custeio total” (Origem STF Processo RE 320179 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 09/02/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJ 20-04-2007 PP-00048 EMENT VOL-02272-02 PP- 00326).

Mesmo entendimento é perfilhado pelo STJ:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. LEI APLICÁVEL. SÚMULA 340/STJ. ÓBITO POSTERIOR À EC 41/2003. INCIDÊNCIA À ESPÉCIE DOS EFEITOS DA REFERIDA EMENDA CONSTITUCIONAL.1. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte de que os **benefícios previdenciários regulam-se pela lei vigente ao tempo da implementação dos requisitos para a sua concessão**, o que, no caso de pensão por morte, é a lei em vigor na data do óbito do servidor público. Tal entendimento já foi sumulado no seguinte enunciado: “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado” (Súmula 340/STJ).2. Na hipótese dos autos, o fato gerador do direito somente foi implementado em 1º/7/2013, com a morte do esposo da Impetrante (fl.28). Nessa data, já estava em vigor a Emenda Constitucional 41/2003, que deu nova redação ao art. 40, § 7º, I, da Constituição Federal, com base no qual a autoridade impetrada calculou o valor do benefício de pensão paga à impetrante.3. Recurso Ordinário não provido. (RMS 48837 / PB Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 13/09/2016 Data da Publicação/Fonte DJe 07/10/2016).

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA OU APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SEGURADO PORTADOR DE MIOCARDIOPATIACHAGÁSICA COM ARRITMIA VENTRICULAR. INCAPACIDADE EVIDENCIADA QUANDO DA CESSAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO NADATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. IRRELEVÂNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NO MOMENTO DO SURGIMENTO DA INCAPACIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.1. A posterior perda da qualidade de segurado especial,

no presente caso, não deve interferir no reconhecimento do direito ao benefício de auxílio-doença, pois **incontroverso nos autos que o segurado possuía a qualidade de segurado à época do surgimento da incapacidade para o trabalho**. 2. Recurso especial conhecido e provido, para reconhecer ao recorrente o direito ao auxílio-doença, a partir do requerimento administrativo, o qual poderá ser convertido em aposentadoria por invalidez, quando das avaliações periódicas de acompanhamento da incapacidade por parte da Autarquia previdenciária. Condeno, ainda, o INSS no pagamento do ônus sucumbencial, fixando os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação. (REsp 1405173 / SP Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 20/05/2014 Data da Publicação/Fonte DJe 26/05/2014).

Assim, um segurado que houvesse perdido tal condição antes de 08.07.2016 deveria contar com a carência mínima de 1/3. Já aquele que viesse a perder em 08.07.2016, deveria computar 12 contribuições para reaver os recolhimentos vertidos antes da situação deflagrada de perda.

A divergência entre as turmas recursais sobre o tema causou extrema insegurança jurídica. Para dirimir a controvérsia, foi apresentado pelo INSS o pedido de uniformização junto à TNU.

A questão foi levada à TNU em sede de pedido de uniformização (n. 5001792-09.2017.4.04.7129) de jurisprudência interposto pelo INSS, oportunidade em que restou fixada a tese relativa ao TEMA 176 ⁸:

Constatado que a incapacidade do(a) segurado(a) do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) ocorreu ao tempo da vigência das Medidas Provisórias 739/2016 e 767/2017, aplicam-se as novas regras de carência nelas previstas.

A matéria foi dirimida pela TNU, firmando tese a partir da análise da data de início da incapacidade. Vale trazer a transcrição de trecho desta decisão:

Não há como dissociar o evento que dá origem ao benefício por incapacidade e a lei vigente ao tempo de sua ocorrência, com todas as prescrições legais quanto à condição de segurado e carência para efeito de concessão do benefício de auxílio doença, e dar um caráter de ultratividade à lei revogada.

Embora a decisão tenha se limitado às duas medidas provisórias que lhes foram contemporâneas, é inegável que a interpretação também deve ser estendida as outras medidas provisórias que vieram na sequência

⁸ TNU. PEDILEF 5001792-09.2017.4.04.7129, Rel.: Juiz Federal Guilherme Bollorini Pereira, publicado em 21.08.2018.

e que promoveram alteração sobre a carência prevista no parágrafo único do art. 24, da lei 8.213/91.

A seguinte esquematização permite situar melhor a aplicação das normas no tempo para reingresso no RGPS:

Incapacidade até 07.07.2016: aplicação da carência de 1/3.
Incapacidade de 08.07.2016 à 04.11.2016: aplicação da carência cheia (MP 739/2016).
Incapacidade de 05.11.2016 a 05.01.2017: Aplicação da carência de 1/3.
Incapacidade de 06.01.2017 á 26.06.2017: Aplicação da carência cheia (MP 767/2017).
Incapacidade de 27.07.2017 à 17.01.2019: Aplicação da carência de 1/2 (Lei 13.457/2017).
Incapacidade de 18.01.2019 à 17.06.2019: Aplicação da carência integral (MP 871/2019).
Incapacidade a partir de 18.06.2019: Aplicação da carência de 1/2 (Lei 13.846/2019).

Portanto, o fato gerador, no caso, a data de início da incapacidade, é elemento indissociável da verificação da MP aplicável para o caso concreto.

3. CONCLUSÃO

As alterações provocadas pelas medidas provisórias ao instituto da carência tiveram por escopo resguardar o equilíbrio econômico-financeiro. Embora a intenção fosse justificável, diante da grande crise enfrentada pela previdência, é inegável que as alterações sequenciadas provocaram extrema insegurança jurídica.

Se de um lado, as medidas provisórias conseguem dar resposta rápida às exigências financeiras, por outro é inegável que alterações desenfreadas sem um procedimento ordinário acabam por trazer, não raro, medidas antidemocráticas. É preciso que haja uma reforma previdenciária que busque controlar o uso desmedido das medidas provisórias para o direito previdenciário, garantindo-se, com isso, que haja segurança por meio do instituto legislativo.

Enquanto não resolvida tal questão, o poder judiciário continua sendo protagonista na interpretação e aplicação destas normas. As discussões travadas em torno das medidas provisórias e da eficácia no tempo foram relevantes para estabelecer a aplicabilidade delas, com o fim de resguardar a isonomia daqueles segurados que sejam por ela atingidos. Embora não tenham sido regulamentadas por decreto legislativo, tiveram eficácia durante o período de vigência, o que torna inquestionável a produção de efeitos na ordem jurídica.

Neste ponto, demonstrou-se que a decisão em sede de pedido de uniformização de jurisprudência pela TNU (PEDILEF 5001792-09.2017.4.04.7129) veio a dirimir a controvérsia jurisprudencial acerca do momento de aplicação das normas editadas. À luz do instituto do *tempus regit actum*, a data de início de incapacidade passa a ser o vetor interpretativo da aplicação da medida provisória no tempo, para os benefícios incapacitantes.

Portanto, para saber qual o tempo de carência necessário para que a pessoa possa se reafiliar ao RGPS, bem como reaver as contribuições já vertidas, torna-se elementar que se averigüe quando foi acometida pela inaptidão.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*, 12ª edição, 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 19ª edição. 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª Edição. 2021.

ROBERTO, Victor Corrêa de Souza. Medida Provisória 871/2019 – *Um ensaio prévio à avaliação do Congresso Nacional.*, 23.01.2019. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/12051-medida-provisoria-871-2019-um-ensaio-previo-a-avaliacao-do-congresso-nacional>. Acesso em: 07.03.2021.

VAZ, Paulo Afonso Brum. MP 739 chega com risco de sobrecarregar Justiça Previdenciária. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jul-19/paulo-afonso-vaz-mp-739-sobrecarregar-justica-previdenciaria>. Acesso em: 07 mar.2021.

VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 905/2019 EM RELAÇÃO ÀS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO AUXÍLIO ACIDENTE

EXECUTIVE ORDER N.º 905 VALIDITY IN RELATION TO CHANGES PROMOTED IN THE ACCIDENT COMPENSATION BENEFIT

Fabio Alessandro Fressato Lessnau

Procurador Federal. Mestre em Direito Processual Civil pela Unipar. Especialista em Processo Civil pela Unipar. Especialista em Direito Tributário pela Unicuritiba.

Especialista em Direito Previdenciário pela UNIDERP. Membro Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Integrante da Equipe de Trabalho Remoto de Benefício por Incapacidade do Estado do Paraná - Comarcas (ETR-BI/PR/COM)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Regras gerais sobre o auxílio-acidente; 2 Alterações promovidas pela Medida Provisória n.º 905/2019 no benefício de auxílio-acidente; 3 O Poder Executivo e a atividade normativa decorrente das medidas provisórias; 3.1 Da separação dos Poderes e da atividade legislativa do Poder Executivo; 3.2 Do processo legislativo constitucional das medidas provisórias; 3.3 Hipótese de medida provisória posterior que revoga medida provisória anterior; 4 Trâmite da Medida Provisória n.º 905/2019 e seu período de vigência; Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A Medida Provisória n.º 905, de 11 de novembro de 2019, tinha como objetivo modernizar a legislação trabalhista e, em relação ao direito previdenciário, alterar algumas regras do benefício de auxílio-acidente. Esse benefício passaria a ser concedido apenas quando as lesões consolidadas resultassem em sequelas que implicassem em redução da capacidade para o trabalho, de acordo com situações descritas em norma regulamentadora. Além disso, outras regras do auxílio-acidente seriam modificadas, como: o critério de cálculo e o termo final de pagamento do benefício. Ainda, a nova norma excluiria a natureza acidentária da hipótese de acidente de percurso. Assim, o presente estudo teve por objetivo apresentar as alterações que poderiam ter sido implementadas pela Medida Provisória n.º 905/2019, no benefício de auxílio-acidente e, trazer para o debate o prazo de vigência desse ato normativo. O problema enfrentado foi o questionamento se a vigência da Medida Provisória n.º 905/2019 poderia ser estendida para um período posterior à edição da Medida Provisória n.º 955/2020, especialmente por meio da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Buscou-se responder ao problema da pesquisa a partir do método hipotético-dedutivo, por meio da leitura interdisciplinar de publicações e julgados que examinam criticamente a legislação a respeito do tema. Ao final do estudo procurou-se demonstrar o entendimento de que a Medida Provisória n.º 905/2019 teve vigência no período de 12 de novembro de 2019 a 18 de agosto de 2020.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social. Auxílio-acidente. Medida Provisória n.º. 905/2019. Processo legislativo constitucional. Vigência.

ABSTRACT: The Executive order n.º 905/2019, from November 11th, 2019, would aim at modernizing the labor legislation and, regarding the social security work, altering some of the rules of the accident compensation benefit. This benefit would only be granted when the consolidated injuries resulted in the implication of a reduction of the working capability, according to situations described in a regulatory rule. Furthermore, other accident compensation rules would be modified, such as: the calculation criteria and the final term of the benefit payment. Besides, the new rule would exclude the nature of the accident in the hypothesis of a road one. Thus, the goal of the study is to present the changes that could have been implemented by the Executive order n.º 905/2019, in the accident compensation benefit and, bring up to the debate about the validity deadline of this regulatory act. The problem to be faced is verifying if the validity of the Executive

order n.º 905/2019 will be allowed to be extended to a later period than the Executive order n.º 955/2020's edition, especially through the interpretation of the issue given by the Supreme Federal Court. Via the hypothetically-deductive method an answer to the research's matter was investigated, by interdisciplinary reading of the publications and judgments which examined critically the legislation related to the subject. At the end of the study case it is intended to demonstrate that the Executive order n.º 905/2019 had its validity from November 12th, 2019 to August 18th, 2020.

KEYWORDS: Social Welfare. Accident Compensation Benefit. Executive Order n.º 905/2019. Constitutional Legislative Process. Validity.

INTRODUÇÃO

A Medida Provisória n.º 905, de 11 de novembro de 2019, entrou em vigor no dia 12 de novembro de 2019, com o objetivo principal de modernizar a legislação trabalhista criando, assim, novos postos de trabalho para que pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade conseguissem seu primeiro registro de emprego em Carteira de Trabalho e Previdência Social. Essa nova espécie de relação trabalhista recebeu o nome de Contrato de Trabalho Verde Amarelo.

Mas, tal Medida Provisória não se limitou a regulamentar nova relação jurídica no âmbito trabalhista, pois a legislação previdenciária também foi alterada, notadamente, em relação ao benefício de auxílio-acidente e ao seguro-desemprego.

Pela nova norma, o beneficiário do seguro-desemprego passaria a ser segurado obrigatório da Previdência Social durante os meses de percepção do benefício. Ainda, admitir-se-ia a manutenção da qualidade de segurado pelo período de até doze meses após a cessação do recebimento do seguro desemprego; bem como, o período de recebimento seria computado para a concessão de benefícios previdenciários e, considerado como salário de contribuição. Em contrapartida, a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia passaria a reter contribuições dos beneficiários do Seguro-Desemprego, recolhendo-as ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social.

Em relação ao auxílio-acidente, as alterações que seriam realizadas pela Medida Provisória n.º 905/2019 serão analisadas de forma detalhada em um tópico específico, onde será feita uma comparação com a legislação atualmente em vigor.

Ocorre que, a Medida Provisória n.º 905/2019 não foi convertida em Lei pelo Congresso Nacional, sendo que no último dia de sua vigência, foi editada a Medida Provisória n.º 955/2020 com o fim único de revogá-la.

Teoricamente, tanto a Administração Pública, quanto os operadores do direito previdenciário entenderam que a revogação da Medida Provisória n.º 905/2019, pela Medida Provisória n.º 955/2020, restaria por encerrar a vigência daquela, na data de publicação desta, ou seja, em 20 de abril de 2020.

Porém, conforme analisar-se-á neste trabalho, sobretudo através do estudo das regras que disciplinam o processo constitucional legislativo, a Medida Provisória n.º 905/2019 teve sobrevida por mais alguns meses, encerrando seu prazo de vigência em 18 de agosto de 2020, conforme consta no Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n.º 127/2020.

Dessa forma, o objetivo do estudo é apresentar as alterações promovidas pela Medida Provisória n.º 905/2019 no benefício de auxílio-acidente e, trazer para o debate, o prazo de vigência desse ato normativo. Para tanto, será enfrentado o problema a respeito da possibilidade de se admitir que o prazo de vigência dessa referida medida provisória possa ser considerado para um período posterior à edição da Medida Provisória n.º 955/2020, especialmente por meio da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

No que se refere à metodologia, buscou-se responder ao problema da pesquisa a partir do método hipotético-dedutivo, por meio da leitura interdisciplinar de publicações e julgados que examinam criticamente a legislação a respeito do tema.

O trabalho está estruturado em quatro capítulos. No início, demonstrar-se-á as regras gerais do benefício previdenciário de auxílio-acidente. Na sequência, serão analisadas as alterações promovidas pela Medida Provisória n.º 905/2019 na legislação que rege esse benefício. Mais adiante, será desenvolvida reflexão sobre a separação dos poderes e a atribuição legislativa do Poder Executivo, mormente através da edição das medidas provisórias. Também, será abordado o processo legislativo constitucional das medidas provisórias e o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da hipótese de uma medida provisória posterior revogar medida provisória anterior. Finalmente, fundamentar-se-á, juridicamente, a respeito do período de vigência da Medida Provisória n.º 905/2019.

1. DAS REGRAS SOBRE O AUXÍLIO-ACIDENTE

A Constituição Federal contempla diversas normas referentes aos direitos sociais dos trabalhadores, sendo que algumas demonstram a

intenção do legislador constituinte de revelar um dever de maior proteção. Nesse sentido, observa-se que a cláusula disposta no inciso XXII, do artigo 7º, da Constituição Federal prevê possibilidade de o legislador atuar para reduzir os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Ainda, a Constituição Federal previu no §10º, de seu artigo 201, conforme redação dada pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, proteção ao trabalhador, em caso de acidentes de trabalho, facultando ao legislador editar lei complementar para disciplinar a matéria, com possibilidade de atendimento concorrente pelo Regime Geral de Previdência Social e pelo setor privado.

Assegura-se, com tais normas, a proteção ao trabalhador no que tange aos riscos inerentes ao desenvolvimento de atividade laboral. Nesse caso, não se pode afirmar, “*a priori*, em um direito subjetivo em face do empregador, mas, mais precisamente, de deveres de proteção que devem ser satisfeitos e implementados pelo legislador e pela Administração”.¹

Algumas dessas proteções ao trabalhador estão programadas na legislação previdenciária, através da concessão das prestações sociais, quais sejam, auxílio-acidente, auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente, em razão de acidente de trabalho, conforme descrito nas Leis n.º 8.213/1991 e 8.212/1991 e, no Decreto n.º 3.048/1999.

Especificamente em relação ao auxílio-acidente, estabelece o artigo 86, da Lei n.º 8.213/1991, que esse benefício 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 habitualmente exercido.

A natureza indenizatória é identificada em virtude de não dispor da função de substituir a remuneração do segurado. Em verdade, esse benefício complementa ou se soma aos rendimentos do segurado, uma vez que o acidente pode ter gerado lesões consolidadas que reduziram sua capacidade laboral, impuseram maior esforço ou impossibilitaram o exercício de seu trabalho habitual.

Além disso, esse benefício dispõe de função securitária, pois objetiva compensar o segurado pela redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. Nesse ponto “reside a finalidade da prestação, compensar a redução da capacidade de labor, e não substituir o rendimento do trabalho do segurado”².

1 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 621.

2 ROCHA, Daniel Machado da (Org). Temas atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 73.

A responsabilidade pelo pagamento dessa indenização compete a terceiro em consequência de dano causado ao trabalhador, cujo custo é suportado por toda a sociedade através das contribuições patronais. Não se confunde com indenização descrita no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal.³

Em relação ao termo de início de recebimento, a legislação previdenciária fixa que será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação a qualquer aposentadoria. O termo final coincidirá com o início de qualquer aposentadoria ou a data do óbito do segurado.

Considerando sua natureza indenizatória, o recebimento concomitante do auxílio-acidente e salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.

A legislação em vigor, no que se refere ao critério de cálculo do valor mensal do benefício, determina que corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do salário de benefício.

Exibido o quadro geral que disciplina a concessão do auxílio-acidente, abordar-se-á no próximo tópico as alterações promovidas nesse benefício pela Medida Provisória n.º 905/2019.

2. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 905/2019 NO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-ACIDENTE

A Medida Provisória n.º 905, de 11 de novembro de 2019, publicada no Diário Oficial da União em 12 de novembro de 2019, objetivava promover diversas alterações na legislação trabalhista, dentre as quais, a instituição do Contrato de Trabalho Verde e Amarelo e, alterações na legislação previdenciária, especificamente em relação ao benefício de auxílio-acidente.

Analisando-se a exposição de motivos de edição da Medida Provisória n.º 905/2019, denota-se que o foco principal dessa norma estava voltado para as relações trabalhistas, pois pretendia estabelecer mecanismos com o intuito de aumentar a empregabilidade, melhorar a inserção do obreiro no mercado de trabalho e ampliar a oferta de crédito para microempreendedores. Ainda, pretendia aumentar a segurança jurídica em termos de verbas de participação nos lucros, de gorjetas e no índice de correção de débitos trabalhistas, além de simplificar e desburocratizar

3 MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 924.

normas e racionalizar procedimentos que envolvessem a fiscalização e as relações de trabalho⁴.

Desse modo, a expectativa em torno dessa norma era a criação de novas oportunidades de trabalho e negócios, com a geração de renda e promoção da melhoria da qualidade de vida da população.

Dentro desse contexto voltado às relações trabalhistas, a Medida Provisória n.º 905/2019 promoveu, também, alterações na legislação previdenciária, nomeadamente no benefício de auxílio-acidente, as quais serão, em seguida, expostas e avaliadas.

Alerte-se que, a Medida Provisória n.º 905/2019, atualmente, não está em vigor, de modo que a análise que será apresentada levará em consideração a intenção que a norma pretendia produzir.

Primeiramente, salientar-se-á a modificação na redação do *caput* do artigo 86, da Lei n.º 8.213/1991, que passou a estabelecer que o auxílio-acidente seria concedido ao segurado após a consolidação das lesões decorrentes de acidente. Na redação anterior, dada pela Lei n.º 9.528/1997, estava descrito que esse benefício seria concedido na hipótese de acidente de qualquer natureza.

Essa alteração pretendia trazer maior rigor técnico à redação do *caput* do artigo 86, da Lei n.º 8.213/1991, pois ao se falar de modo geral em “acidente”, compreender-se-ia tanto os acidentes de trabalho típicos, ocorridos no exercício da atividade profissional, quanto as doenças ocupacionais (doenças profissional e doenças do trabalho) e as hipóteses que se equiparam a acidente de trabalho, além dos acidentes de qualquer natureza.

Nesse mesmo artigo, passou a constar que o benefício seria concedido somente quando as lesões consolidadas, decorrentes do acidente, estivessem discriminadas no Regulamento da Previdência Social. Tencionando a dar maior legitimidade a essa regra, incluiu-se no parágrafo 6º, no artigo 86, da Lei n.º 8.213/1991, determinação de que as sequelas mencionadas no *caput* do artigo deveriam ser especificadas em lista elaborada e atualizada a cada três anos pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, de acordo com critérios técnicos e científicos.

Com efeito, a partir da Medida Provisória n.º 905/2019, as sequelas deveriam estar descritas no Anexo III, do Decreto n.º 3.048/1999, norma que passaria a detalhar, de forma cogente e exaustiva, as situações que possibilitariam a concessão do auxílio-acidente.

4 GUEDES, Paulo Roberto Nunes. Medida provisória. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP%20905-19.pdf Acesso em: 20 jan. 2021

Essa regra, portando, orientaria a Administração Pública e traria maior segurança jurídica aos Peritos Médicos Federais ao realizarem um laudo administrativo, bem como, evitaria que critérios subjetivos e casuísticos fundamentassem a concessão judicial do benefício.

Importante destacar que, em posicionamento contrário à pretensão da Medida Provisória n.º 905/2019, o Superior Tribunal de Justiça havia se manifestado, ao tempo da legislação pretérita (Lei n.º 6.367/76, regulamentada pelos Decretos n.º 79.037/76 e 83.080/79), que o rol de situações descritas em decreto regulamentar é meramente exemplificativo⁵, devendo ser observado o caso concreto.

O mesmo entendimento é manifestado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁶, porém, especificamente em relação à natureza do Anexo III, do Decreto n.º 3.048/1999.

Seguindo essa percepção e interpretando o *caput* do artigo 86, da Lei n.º 8.213/1991, conforme redação dada pela Lei n.º 9.528/1997, a Consultoria-Geral da União, Órgão de Direção Superior da Advocacia-Geral da União, através da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social⁷, manifestou-se no sentido que o rol de situações dispostas no Anexo III, do Decreto n.º 3.048/1999 caracteriza-se como exemplificativo e não taxativo, sendo que o não enquadramento na listagem não pode ser óbice à concessão do benefício, desde que a perícia médica do INSS constate que as lesões resultantes do acidente de qualquer natureza tenham característica de definitividade que ocasionem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Portanto, a obrigatoriedade de observação da relação das situações que dão direito ao auxílio-acidente, conforme descrito no Anexo III, do Decreto 3.048/1999, somente dispôs de efeito cogente durante a vigência da Medida Provisória n.º 905/2019.

5 [...] A relação das lesões constantes do Anexo III do Decreto 79.037/76, que autorizam a concessão do auxílio suplementar, não ilide o acolhimento de pretensão que visa a concessão do mesmo benefício, se a lesão resultante de acidente do trabalho, ainda que não prevista, reduz efetivamente a capacidade laborativa do trabalhador, demandando um maior esforço para o trabalho. (...) (STJ, Resp n.º 114.455/RJ, Relator Ministro Cid Flaquer Scartezini, Quinta Turma, julgado em 24/03/1998, DJ 01/06/1998, p. 161).

6 [...] 2. O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade laborativa para o trabalho que habitualmente exercia, ainda que em grau mínimo e em situação não prevista no Anexo III do Decreto n.º 3.048/99, cujo rol é exemplificativo (TRF 4ª Região, Recurso Cível n.º 5010956-93.2019.4.04.7107, Relatora Desembargadora Alessandra Günther Favaro, Primeira Turma Recursal do RS, julgado em 15/05/2020).

7 Parecer n.º 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU, elaborada pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social e aprovado pelo Ministério da Previdência Social, através da Portaria n.º 264, de 28 de maio de 2013.

Outro ponto de grande relevância e, talvez, representativo de maior polêmica, refere-se à alteração promovida pela Medida Provisória n.º 905/2019 no parágrafo 1º, do artigo 86, da Lei n.º 8.213/1991, em relação à renda mensal inicial do auxílio-acidente, que passaria a corresponder a 50% (cinquenta por cento) do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente que o segurado teria direito⁸.

A redação anterior à Medida Provisória n.º 905/2019 e, atualmente em vigor, estabelece que a renda mensal inicial é de 50% (cinquenta por cento) do salário de benefício.

Para correta compreensão da dimensão da insatisfação dos segurados em relação a essa alteração promovida pela medida provisória, faz-se necessário esclarecer como é calculada a renda mensal inicial auxílio-acidente.

Antes da Emenda Constitucional n.º 103/2019 (Reforma da Previdência), o salário de benefício era calculado pela média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário, se fosse o caso. Sobre essa média era aplicado um determinado percentual, conforme o benefício pretendido.

Dessa forma, o valor do auxílio-acidente, antes da Reforma da Previdência e, antes da Medida Provisória n.º 905/2019, correspondia a 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício.

A Emenda Constitucional n.º 103/2019, publicada em de 13 de novembro de 2019, alterou as regras do salário de benefício, passando a ser calculado pela média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições ao Regime Geral de Previdência Social, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência de julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

A nova regra inaugurada pela Reforma da Previdência não exclui os 20% (vinte por cento) dos menores salários de contribuição, fazendo com que o salário de benefício, como regra, diminua sua média.

Por sua vez, a Emenda Constitucional n.º 103/2019, conforme fixado em seu artigo 26, alterou a renda mensal inicial da aposentadoria por incapacidade permanente, a qual passou a corresponder a 60% (sessenta por cento) do salário de benefício, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais

8 Essa metodologia de cálculo do auxílio-acidente está descrita no artigo 43, da Portaria n.º 450, de 3 de abril de 2020, do INSS: A RMI do auxílio-acidente, cuja consolidação das lesões decorrentes de acidente tenha ocorrida a partir de 12 de novembro de 2019, data da publicação da Medida Provisória n.º 905, corresponderá a 50% (cinquenta por cento) da RMI da aposentadoria por incapacidade permanente a que teria direito o segurado, conforme art. 86 da Lei n.º 8.213, de 1991.

para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição para homens e, 15 (quinze) anos de contribuição para mulheres.

Somente no caso de aposentadoria por incapacidade permanente de natureza acidentária será aplicado o percentual de 100% sobre o salário de benefício, independentemente do número de contribuições.

Esse critério representa uma redução acentuada no valor do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, pois, na hipótese de um homem ter contribuído ao Sistema Previdenciário por apenas 20 anos, a renda mensal inicial desse benefício será de apenas 60% (sessenta por cento) do salário de benefício.

A respeito da nova regra de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, é precisa a análise de Ivan Kertzman, ao reconhecer sua ausência de razoabilidade técnico-previdenciário, pois “não faz sentido relacionar o valor de um benefício não programado ao tempo de contribuição. É como se o segurado pudesse optar pelo momento da vida que ficará inválido”⁹.

Como se não fosse suficiente a perda monetária excessiva que o segurado teria que suportar em razão da Reforma da Previdência, a Medida Provisória n.º 905/2019, repita-se, não mais em vigor, estabeleceu que a renda mensal inicial do auxílio-acidente seria de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria por incapacidade permanente¹⁰.

Em relação à manutenção do auxílio-acidente, a Medida Provisória n.º 905/2019 havia fixado como termo final a recuperação ou identificação de ausência de condições para se manter ativo o benefício.

Assim, na hipótese de serem mantidas as condições que “ensejaram o reconhecimento do auxílio-acidente, este será devido até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado”.¹¹ Por outro lado, não mantidas as condições, “terá direito e será devido o benefício somente enquanto persistirem as sequelas. Isso pode levar o INSS a efetuar revisões periódicas para verificar essas condições”.¹²

Pela redação, atualmente em vigor, o benefício deve ser mantido ativo até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.

9 KERTZMAN, Ivan. Entendendo a Reforma da Previdência. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 111.

10 Observe-se o seguinte exemplo: Segurado sofre acidente de qualquer natureza – não acidentário. Faz requerimento de auxílio-acidente em razão das sequelas. Seu salário de benefício corresponde a R\$5.000,00. Contribuiu para o Sistema Previdenciário por 20 anos, assim, a renda mensal inicial de uma possível aposentadoria por incapacidade permanente seria de R\$3.000,00 (60% do SB). Preenchidos os requisitos para a concessão do auxílio-acidente, aplica-se o percentual de 50% sobre o valor da aposentadoria por incapacidade permanente que teria direito. Dessa forma, a RMI do auxílio-acidente seria de R\$1.500,00.

11 CASTRO, Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 23ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1168.

12 Ibidem., p. 1178.

O último ponto a ser analisado refere-se ao fato gerador do auxílio-acidente decorrente de acidente *in itinere*. Na legislação trabalhista existia o reconhecimento, como horas trabalhadas, do período de deslocamento do trabalhador até o local de trabalho e de seu retorno para residência, desde que o local fosse de difícil acesso, não servido por transporte público regular e o empregador fornecesse a condução.

Porém, a Reforma Trabalhista extinguiu esse instituto jurídico, de forma que o período de deslocamento não é mais considerado, nas relações trabalhistas, como tempo a serviço do empregador¹³, salvo previsão mais benéfica definida em convenção ou acordo coletivo de trabalho (inciso XXVI, artigo 7º, da Constituição Federal) ou contrato individual de trabalho ou regulamento da empresa (*caput* do artigo 7º, da Constituição Federal).

No que concerne à legislação previdenciária, o acidente suportado pelo empregado nesse período de deslocamento permaneceu sendo reconhecido como de natureza acidentária, nos termos da letra da alínea “d”, do inciso IV, do artigo 21, da Lei n.º 8.213/1991, até a edição da Medida Provisória n.º 905/2019.

A Medida Provisória n.º 905/2019 havia revogado esse dispositivo da legislação previdenciária, de modo que, durante seu período de vigência, os acidentes ocorridos no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que fosse o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado, não dariam direito à concessão do auxílio-acidente por acidente de trabalho.

Ademais, a ausência dessa hipótese de acidente de trabalho teria reflexo direto em outros direitos previdenciários dos trabalhadores, como manutenção do contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente, pelo período de 12 meses (artigo 118, da Lei n.º 8.213/1991) e do depósito do FGTS (§5º, do artigo 15, da Lei n.º 8.036/1990).

Porém, a constatação de qualquer espécie de incapacidade, em decorrência desse acidente ocorrido no deslocamento do segurado, não eximiria o INSS do pagamento do correspondente benefício de natureza previdenciária, desde que preenchidos os requisitos legais.

Dessa forma, observou-se que, durante o prazo de vigência da Medida Provisória n.º 905/2019, foram promovidas as seguintes alterações substanciais no benefício de auxílio-acidente: (i) obrigatoriedade de

¹³ Conforme nova redação do §2º, do artigo 58, do Decreto-Lei n.º 5.452/1943 (CLT), dada pela Lei n.º 13.467/2017: O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

observância que as sequelas estivessem especificadas em lista elaborada e atualizada a cada três anos pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, de acordo com critérios técnicos e científicos; (ii) cálculo do valor do benefício correspondente a 50% (cinquenta por cento) do benefício de aposentadoria por invalidez a que o segurado teria direito; (iii) fixação do termo final do benefício na data de recuperação ou identificação de ausência de condições para se manter ativo o benefício; (iv) exclusão da caracterização como acidente de trabalho do acidente ocorrido no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

Identificados os pontos que Medida Provisória n.º 905/2019 gerou influência e promoveu alterações no benefício de auxílio-acidente, passa-se a analisar e interpretar o período de vigência dessa medida, questão de grande importância para a correta aplicação da norma pelos operadores do direito previdenciário.

3. O PODER EXECUTIVO E A ATIVIDADE NORMATIVA DECORRENTE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Para a melhor compreensão do objetivo proposto no presente texto, faz-se necessário desenvolver o raciocínio, ainda que sem exaurir a matéria, sobre a produção legislativa do Poder Executivo através das medidas provisórias.

Nesse sentido, será analisado o conceito atual da teoria da separação dos poderes, delimitando-se as funções típicas e atípicas do Poder Executivo. Também serão abordadas as regras que regem o processo legislativo constitucional das medidas provisórias, bem como, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à hipótese de uma medida provisória vir a ser revogada por norma de mesma espécie.

Com base nesses estudos, será possível adentrar-se na análise específica dos conflitos que orbitam ao redor da vigência da Medida Provisória n.º 905/2019.

3.1. DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO

A norma, através de suas mais variadas espécies, é o elemento essencial de intervenção do Estado no direcionamento dos rumos da sociedade, tanto na condução de alguns comportamentos humanos, quanto na realização de políticas públicas.

A Constituição Federal consagrou a atividade de produção da norma ou, atividade legislativa, como função típica do Poder Legislativo. Porém, a função legislativa poderá ser realizada, também, pelo Poder Executivo, através do exercício de uma função atípica.

Trata-se de explícita aplicação da teoria contemporânea da separação dos Poderes estatais, reconhecida com “um mecanismo clássico de organização e limitação do poder político”¹⁴, através do qual evita-se a concentração de funções em um único órgão. Com isso, “produz um sistema de freios e contrapesos e permite que o poder controle o próprio poder [...] com pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco”¹⁵.

Observa-se que a “separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação”¹⁶. Denota-se que a concepção proposta por Montesquieu¹⁷, a respeito da separação dos poderes, no qual cada órgão disporia de funções únicas, sofreu uma certa adaptação ao longo do tempo, impondo-se ao estado contemporâneo uma “nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes”¹⁸.

Nessa nova visão, cada uma das estruturas organizacionais possui autonomia própria, não subordinadas umas às outras, ou seja, com poder próprio. Por sua vez, são identificadas três funções estatais: a legislação, a jurisdição e a administração. Esse sistema de separação de Poderes cumpre com mais eficiência sua função quando admitido que não existe Poder absoluto, mas um Poder preponderante.¹⁹

Considerando-se a ausência de poder absoluto e admitindo-se a preponderância de um poder em relação a uma determinada função, chega-se ao consenso de que o “Executivo (...) não pode ficar à mercê de

14 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2000, p.23.

15 *Ibidem.*, p. 23.

16 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2013, p.219.

17 Destaca Leila Cuellar que “embora os méritos da sistematização da teoria da separação dos poderes normalmente sejam atribuídos a Montesquieu, não se deve olvidar que outros autores, mesmo antes dele, se manifestaram no sentido da divisão das funções estatais. Aristóteles, por exemplo, reconhecia a existência de três funções básicas em todos os governos e se referia à criação de órgãos independentes para o exercício delas. [...] John Locke formulou uma concepção da separação dos poderes em sua obra ‘Dois tratados sobre o governo’, publicada em 1690 [...]”. (CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo. São Paulo: Dialética, 2001. p. 22 - 23)

18 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109.

19 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2000, p.23-24.

um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais”²⁰.

Conforme ensina Paulo Bonavides, “as técnicas de controle que medraram o constitucionalismo moderno constituem corretivos eficazes ao rigor de uma separação rígidas dos poderes”²¹. Mais adiante, assevera que se trata de técnica “distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca, porém, valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio”²².

Portanto, o modelo sustentado no passado revelou-se impraticável, de modo que se fez necessária uma nova concepção fundamentada na colaboração dos poderes.

Assim, “no mundo contemporâneo, não é difícil perceber que a lei vem sendo, também, elaborada pelo Executivo”²³ o qual legisla através da edição de regulamentos e medidas provisórias.

Por seu turno, o Poder Legislativo, em evidente aplicação do mecanismo de freios e contrapesos, poderá rejeitar as medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo (artigo 62, da Constituição Federal).

Feita essa análise da teoria da separação dos Poderes e de suas funções típicas e atípicas, com destaque para o exercício constitucional da função legislativa pelo Poder Executivo, sobretudo através da edição de medida provisória, passa-se a tecer alguns linhas a respeito do processo legislativo desse ato normativo.

3.2 DO PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

A medida provisória, disciplinada no artigo 62 e parágrafos 1^a ao 12^o, da Constituição Federal, dispõe de força de lei, a despeito de não ser lei em sentido estrito, pois exige a atuação do Poder Legislativo para adquirir essa condição.

Esse ato normativo sucedeu ao decreto-lei, criado com a Constituição de 1937 e, repetido na Constituição de 1967. Por seu turno, o constituinte de 1988 criou a medida provisória “segundo o modelo italiano dos decretos-leis, adotados em casos extraordinários de necessidade e urgência, devendo

20 DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2013, p.219.

21 BONAVIDES, Paulo. Ciência Política, 19. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 151

22 Ibidem., p. 158.

23 CLÈVE, Clemerson Merlin. Atividade legislativa do poder executivo, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.126.

ser, imediatamente, comunicados ao parlamento, que é convocado se não estiver reunido”²⁴.

A iniciativa dessa norma é exclusiva do Presidente da República que, observados os requisitos de relevância e urgência, poderá adotá-la, devendo submetê-la de imediato à apreciação do Congresso Nacional.

A medida provisória produz dois efeitos: “inova a ordem jurídica imediatamente, e provoca o Congresso Nacional a deliberar sobre o assunto”²⁵.

Sua eficácia é de sessenta dias, prorrogável por uma única vez por igual período, caso não tenha sido encerrada sua votação nas duas Casas do Congresso Nacional. Tal prazo é contado desde sua publicação, com suspensão durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

Ainda, dentro desse prazo, a medida provisória deverá ser convertida em lei, caso contrário, perderá sua eficácia desde sua edição. Com efeito, não havendo a conversão em lei, deve o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

Não editado o decreto legislativo até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

Os efeitos da rejeição ou perda da eficácia pelo decurso do prazo de validade – equivalente a rejeição tácita – são esclarecidos por João Trindade Cavalcante Filho ao argumentar que “quanto aos efeitos já produzidos, a regra geral é que a MP continuará aplicável, a não ser que o Congresso Nacional, em 60 dias (a contar da rejeição) edite decreto legislativo dispondo de forma diversa”²⁶.

Na eventualidade de a medida provisória não ser apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

A respeito de algum dos efeitos da medida provisória, reconhece-se como ponto pacífico na jurisprudência, sobretudo diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5.709, que essa norma não revoga lei anterior, mas suspende seus efeitos:

[...] Medida provisória não revoga lei anterior, mas apenas suspende seus efeitos no ordenamento jurídico, em face do seu caráter transitório

24 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p.875.

25 Ibidem., p. 876.

26 CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Processo Legislativo Constitucional. 4. ed, Salvador: JusPodivm, 2020, p. 195.

e precário. Assim, aprovada a medida provisória pela Câmara e pelo Senado, surge nova lei, a qual terá o efeito de revogar lei antecedente. Todavia, caso a medida provisória seja rejeitada (expressa ou tacitamente), a lei primeira vigente no ordenamento, e que estava suspensa, volta a ter eficácia²⁷.

Editada a medida provisória, deverá ser imediatamente submetida ao Congresso Nacional, que a apreciará, primeiramente, pela Câmara dos Deputados e, posteriormente, pelo Senado Federal. Porém, antes do encaminhamento à Câmara dos Deputados, será formada uma comissão mista do Congresso Nacional com a atribuição de examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer.

Não será possível a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Dessa forma, apresentada a disciplina do processo legislativo constitucional das medidas provisórias, ainda que de forma não aprofundada, será enfrentado no próximo tópico questão peculiar, e de grande importância para a inteligência do desígnio que se quer alcançar, relativo à circunstância de edição de uma medida provisória com a finalidade de revogar outra medida provisória.

3.3. HIPÓTESE DE MEDIDA PROVISÓRIA POSTERIOR QUE REVOGA MEDIDA PROVISÓRIA ANTERIOR

Conforme apresentado no tópico anterior, as medidas provisórias possuem regramento legislativo na Constituição Federal, notadamente no que concerne à sua iniciativa e ao seu trâmite. Outrossim, a Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, disciplina, de forma regulamentar, a apreciação desse ato normativo editado pelo presidente da República.

A questão que se propõe a examinar neste item, refere-se à edição de medida provisória com o desígnio exclusivo de ab-rogar norma pregressa de mesma espécie, mormente em razão de ser uma prática legislativa pouco usual, sem regulamentação específica, de modo que a compreensão do tema depende de interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁷ STF, ADI n.º 5709, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2019, DJE-140 DIVULG 27-06-2019 PUBLIC 28-06-2019.

Com efeito, essa questão foi analisada e deliberada pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando o cuidado da jurisdição constitucional com a integridade do devido desenvolvimento do sistema institucional do Estado Democrático de Direito pátrio.

Nesse sentido, interessante o voto proferido pelo Min. Celso de Mello, no julgamento da medida cautelar da ADI 221, no qual reconheceu que a superveniência de medida provisória, com o propósito de ab-rogar outra medida provisória, anterior e em vigor, terá o efeito de suspender a eficácia jurídica desta. Então, certificou o Ministro que, não havendo conversão em lei da medida revogadora, restaurar-se-á a eficácia do diploma suspenso, com efeitos retroativos à data da edição da medida não convertida. Segue abaixo trecho do voto²⁸:

[...] A superveniência de medida provisória, com efeito *ab-rogante*, pendente ato normativo da mesma espécie, somente poderá gerar dois efeitos. O primeiro efeito, de caráter material, consistirá na mera suspensão de eficácia jurídica da anterior medida (que não se terá por revogada até que se converta em lei a nova medida provisória). (...) Só após a conversão de medida provisória, com efeito *ab-rogante*, em lei é que se consumará, em caráter definitivo, a revogação dos atos anteriores ou com ela incompatíveis. Até que isso ocorra, porém, nenhum será o seu efeito derogatório. Não se operando, porém, a sua conversão legislativa, restaurar-se-á a eficácia jurídica, até então meramente suspensa ou paralisada, dos diplomas afetados pela superveniente edição do ato normativo provisório. Essa restauração de eficácia – inconfundível com o instituto da repristinação – será *ex tunc*, ou seja, desde a data da edição da medida provisória não convertida.²⁹

Outra decisão esclarecedora sobre o assunto foi proferida pela Ministra Ellen Gracie, na ocasião do julgamento da medida cautelar na ADI 2.984³⁰. Em seu voto, registrou que posteriormente ao julgamento da pioneira ADI n.º 221 “[...] sucederam-se outras tantas³¹, nas quais se buscava a declaração de inconstitucionalidade de medidas provisórias

28 TF, ADI N.º 221 MC, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/1990, DJ 22/10/1993 PP-22251 EMENT VOL. 01722-01 PP-00028.

29 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346262>. Acesso em: 12 jan. 2021.

30 STF, MC-ADI n.º 2.984/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 14.05.2004.

31 A Ministra Ellen Gracie faz referência aos seguintes julgados: ADI 1.204-MC; ADI 1.315-MC; ADI 1.370-MC; AI 1.659-MC.

revocatórias de outras anteriormente editadas”³². Nesse julgamento restou consignado o seguinte entendimento:

[...] 2. Como qualquer outro ato legislativo, a Medida Provisória é passível de ab-rogação mediante diploma de igual ou superior hierarquia. Precedentes.

3. A revogação da MP por

outra MP apenas suspende a eficácia da norma ab-rogada, que voltará a vigorar pelo tempo que lhe reste para apreciação, caso caduque ou seja rejeitada a MP ab-rogante.

4. Consequentemente, o ato revocatório não subtrai ao Congresso Nacional o exame da matéria contida na MP revogada.

Analisados os entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, conclui-se que a edição de medida provisória, com conteúdo exclusivo de ab-rogar outra medida provisória em vigor, terá o efeito material de suspender a eficácia jurídica do ato normativo anterior.

Caso a medida provisória ab-rogante seja convertida em lei, o ato normativo anterior será definitivamente revogado. Contudo, não havendo essa conversão legislativa, a medida provisória suspensa terá seu efeito jurídico restaurado. Essa restauração, conforme entendimento proferido pelo Ministro Celso de Mello, na ADI 221, terá efeito retroativo, ou seja, desde a data da edição da medida provisória revogadora não convertida.

4. TRÂMITE DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 905/2019 E SEU PERÍODO DE VIGÊNCIA

Traçado o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a hipótese de edição de uma medida provisória com conteúdo exclusivo de ab-rogar medida provisória anterior, passa-se a examinar o entendimento que deve ser adotado a respeito da vigência da Medida Provisória n.º 905/2019.

A Medida Provisória n.º 905, de 11 de novembro de 2019, em relação aos pontos que alteraram benefícios previdenciário, passou a ter vigência em 12 de novembro de 2019.

Conforme determinam as regras de vigência das medidas provisórias, considerando-se uma prorrogação de 60 dias e os períodos de suspensão,

32 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387218>. Acesso em: 13 jan. 2021.

o prazo final da Medida Provisória n.º 905/2019 seria no dia 20 de abril de 2020.

Antes de terminar esse prazo, a Câmara dos Deputados aprovou, em 14 de abril de 2020, o Projeto de Lei de Conversão n.º 6/2020³³, remetendo-o ao Senado Federal³⁴, em 15 de abril de 2020, porém, essa Casa Legislativa não chegou a apreciar a matéria.

Por seu turno, em 20 de abril de 2020, editou-se a Medida Provisória n.º 955, com o propósito exclusivo de revogar a Medida Provisória n.º 905/2019, nos termos de seu artigo 1º. Aquela norma entrou em vigor exatamente no último dia de vigência da Medida Provisória n.º 905/2019.

Consta na motivação da Medida Provisória n.º 955/2020 que sua edição se deu em razão da exiguidade do prazo para o Senado Federal apreciar a Medida Provisória n.º 905/2019 antes da perda de sua vigência³⁵.

Ocorre que, a Medida Provisória n.º 955/2020 perdeu sua vigência em 17 de agosto de 2020, sem que tivesse sido convertida em lei. Esse termo final restou atestado através do Ato Declaratório n.º 113/2020, emitido pelo Presidente do Congresso Nacional.³⁶ Ademais, o Congresso Nacional não editou decreto legislativo³⁷ que disciplinasse as relações jurídicas dessa norma.

No que diz respeito à Medida Provisória n.º 905/2019, cujo prazo de vigência havia sido suspenso em 20 de abril de 2020, também não houve edição de decreto legislativo³⁸ pelo Congresso Nacional com a finalidade de disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

33 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-955-20.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

34 https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01as5kqgwb93tjbshqc8jslnk517211.node0?codteor=1881835&filename=Tramitacao-MPV+905/2019. Acesso em: 12 jan. 2021.

35 https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01as5kqgwb93tjbshqc8jslnk517211.node0?codteor=1881866&filename=Tramitacao-MPV+905/2019. Acesso em: 12 jan. 2021.

36 ATO DECLARATÓRIO DO PRESIDENTE DA MESA DO CONGRESSO NACIONAL N.º 113, DE 2020: O PRESIDENTE DA MESA DO CONGRESSO NACIONAL, nos termos do parágrafo único do art. 14 da Resolução n.º 1, de 2002-CN, faz saber que a Medida Provisória n.º 955, de 20 de abril de 2020, que “Revoga a Medida Provisória n.º 905, de 11 de novembro de 2019, que institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo e altera a legislação trabalhista”, teve seu prazo de vigência encerrado no dia 17 de agosto de 2020.

37 Em 16-10-2020 esgotou-se o prazo previsto no § 11 do art. 62 da Constituição Federal sem edição de decreto legislativo que discipline as relações jurídicas decorrentes da Medida Provisória n.º 955 de 2020, cuja vigência encerrou-se em 17-08-2020, por perda de eficácia sem apreciação pelas Casas do Congresso Nacional (§§ 7º e 11 do art. 62 da Constituição Federal). <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/105333?sequencia=846>. Acesso em: 14 jan. 2021.

38 Em 17-10-2020 esgotou-se o prazo previsto no § 11 do art. 62 da Constituição Federal sem edição de decreto legislativo que discipline as relações jurídicas decorrentes da Medida Provisória n.º 905 de 2019, cuja vigência encerrou-se em 18-08-2020, por perda de eficácia sem apreciação pelas Casas do Congresso Nacional (§§

Com efeito, o Presidente do Congresso Nacional, editou o Ato Declaratório n.º 127/2020³⁹, reconhecendo que a Medida Provisória n.º 905/2019 teve seu prazo de vigência encerrado no dia 18 de agosto de 2020.

Apresentado esse retrospecto, constata-se que a Medida Provisória n.º 905/2019 foi revogada pela Medida Provisória n.º 955/2020, tendo como efeito prático e imediato a suspensão da vigência daquela, a partir da publicação desta.

Portanto, dois raciocínios podem ser desenvolvidos a respeito do período de vigência da Medida Provisória n.º 905/2019: primeiramente, em razão da suspensão da Medida Provisória n.º 905/2019 por norma revogadora de mesma espécie, com o término da vigência desta, aquela volta a produzir efeitos somente pelo tempo que lhe restava antes da suspensão.

Outro cenário sustenta que a medida provisória revogada volta a produzir efeitos retroativos desde a data de início de vigência da medida provisória revogadora, a qual não foi convertida em lei e, assim, perdeu sua eficácia.

Essa segunda conjectura é adotada pelo Ministro Celso de Mello, conforme registrado em seu voto proferido na ADI 221, ao reconhecer a restauração de eficácia da norma revogada, com efeito *ex tunc*, ou seja, desde a data da edição da medida provisória não convertida⁴⁰.

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, manifestou a mesma compreensão ao julgar o Recurso Ordinário Trabalhista n.º 0001321-15.2019.5.12.0012⁴¹, no qual restou consignado no voto do Relator que:

Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n.º 127, de 2020 dispõe que (...). Diante disso, dou provimento ao recurso da ré determinar a aplicação de juros de mora equivalentes aos da caderneta de poupança previstos nos dispositivos legais próprios, no período de vigência da MP 905/2019 de 11-11-2019 a 18-08-2020, mantendo-se a sentença nos períodos diversos.

7ºe 11 do art. 62 da Constituição Federal). <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/105333?sequencia=846>. Acesso em 14 jan. 2021.

39 ATO DECLARATÓRIO DO PRESIDENTE DA MESA DO CONGRESSO NACIONAL N.º 127, DE 2020: O PRESIDENTE DA MESA DO CONGRESSO NACIONAL, nos termos do parágrafo único do art. 14 da Resolução n.º 1, de 2002-CN, faz saber que a Medida Provisória n.º 905, de 11 de novembro de 2019, que "Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências", teve seu prazo de vigência encerrado no dia 18 de agosto de 2020.

40 STF, MC-ADI n.º 2.984/DF, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 14.05.2004.

41 TRT12, ROT n.º 0001321-15.2019.5.12.0012, Relator Desembargador Jose Ernesto Manzi, 3ª Câmara, Data de Assinatura 19/11/2020.

Do mesmo modo, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, ao julgar os embargos de declaração n.º 0001727-85.2017.5.09.0013⁴², admitiu a vigência da MP n.º 905/2020 até 18 de agosto de 2020, como também, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao julgar o Agravo de Petição n.º 00113254820155030030⁴³.

Por conseguinte, entende-se que a Medida Provisória n.º 905/2019 permaneceu suspensa durante o período de vigência da Medida Provisória n.º 955/2020, no entanto, considerando-se que esta não foi apreciada pelo Congresso Nacional no prazo constitucional, bem como, não houve publicação de Decreto Legislativo para disciplinar as relações jurídicas dela decorrente, perdeu sua eficácia. Consequentemente, a medida revogada retomou sua vigência com efeitos *ex tunc* e desde o dia de sua suspensão.

A interpretação teleológica revela que durante o período em que a Medida Provisória n.º 905/2019 esteve suspensa, o legislador poderia, ou não, ter convertido em lei a norma revogadora. Caso a norma revogadora tivesse sido convertida em lei, o legislador teria demonstrado, efetivamente, a intenção de retirar do ordenamento jurídico a norma revogada.

Entretanto, não foi isso que aconteceu, pois, o legislador decidiu, tacitamente, que a Medida Provisória n.º 955/2020 não deveria ser convertida em lei, demonstrando a intenção de que a norma revogada não deveria ter perdido sua validade.

Com isso, a norma revogada deve voltar a produzir efeitos desde a suspensão, conforme ficou demonstrado através do Ato Declaratório n.º 127/2020 do Congresso Nacional.

Percebe-se, por fim, que em relação aos benefícios previdenciários, a Medida Provisória n.º 905/2019 teve vigência no período de 12 de novembro de 2019 a 18 de agosto de 2020.

Porém, não se pode deixar de mencionar, em homenagem à cientificidade, o possível entendimento de que a Medida Provisória n.º 905/2019 ficou suspensa durante a vigência da norma revogadora, tendo retomado seus efeitos após a perda de vigência desta, sendo possível considerar que a norma revogada produziu efeitos apenas no período de 12 de novembro de 2019 a 19 de abril de 2020 e, no dia 18 de agosto de 2020.

42 TRT-9, ROT n.º 00017278520175090013 PR, Relator Desembargador Eliázer Antonio Medeiros, julgamento em 13/10/2020.

43 Segue trecho do voto proferido pelo Desembargador Relator: "A executada pretende que a apuração de juros de mora observe as alterações introduzidas pela MP 905/2019 na redação do art. 39 da Lei 8.177/91. Sem razão, uma vez que a MP 905/2019 foi revogada pela MP 955/2020, sendo que esta teve a vigência encerrada em 17-8-2020 e aquela em 18-8-2020, conforme se extrai dos atos declaratórios n. 133 e 127/2020, do Presidente da Mesa do Congresso Nacional" (TRT-3, AP n.º 00113254820155030030, MG 0011325-48.2015.5.03.0030, Relator Paulo Chaves Correa Filho, Quarta Turma, julgamento em 05/11/2020, DJ 05/11/2020).

Levando-se em conta que a questão relativa à vigência da Medida Provisória n.º 905/2019 está começando a ser analisada pelo Poder Judiciário, em razão de acidentes de trabalho ocorridos após 12 de novembro de 2019, certamente será necessária a manifestação dos Tribunais Superiores sobre essa matéria para pacificação da jurisprudência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Medida Provisória n.º 905/2019 promoveu diversas alterações no benefício de auxílio-acidente. Porém, o prazo de vigência desse ato normativo apresentou-se controverso.

No último dia de vigência da Medida Provisória n.º 905/2019 (20 de abril de 2020), foi editada a Medida Provisória n.º 955/2020, com o propósito único de revogá-la.

Ambas as medidas provisórias perderam a validade pelo transcurso do tempo – rejeição tácita –, assim, caberia ao Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante seu período de eficácia. Porém, esse ato normativo não foi expedido, conseqüentemente, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência dessas medidas provisórias conservaram-se por elas regidas (§11, do artigo 62, da CF/88).

À luz do problema apresentado na pesquisa, entende-se que a Medida Provisória n.º 905/2019 permaneceu suspensa durante o período de vigência da Medida Provisória n.º 955/2020.

Todavia, considerando-se que a Medida Provisória n.º 955/2020 foi tacitamente revogada pela pelo Congresso Nacional, o legislador demonstrou a intenção de restabelecer a eficácia da norma anterior. Esse restabelecimento deve operar efeitos *ex tunc*, ou seja, desde o dia de sua suspensão.

Essa intenção foi concretizada através Ato Declaratório n.º 127/2020, emitido pelo Presidente do Congresso Nacional, em que restou reconhecido que o prazo de vigência da Medida Provisória n.º 905/2019 encerrou-se no dia 18 de agosto de 2020.

Dessa forma, entende-se que a Medida Provisória n.º 905/2019 produziu efeitos desde sua publicação, inclusive, retroativamente, durante o período em que esteve suspensa, de modo que, deve-se considerar que sua vigência se estendeu de 12 de novembro de 2019 a 18 de agosto de 2020.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 19. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo Legislativo Constitucional*. 4. ed, Salvador: JusPodivm, 2020.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUEDES, Paulo Roberto Nunes. *Medida provisória*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP%20905-19.pdf
Acesso em: 20 jan. 2021

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

KERTZMAN, Ivan. *Entendendo a Reforma da Previdência*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Daniel Machado da (Org). *Temas atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À
APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE
PERMANENTE, COM DATA DE INÍCIO
DA INCAPACIDADE POSTERIOR À EC
N. 103/2019, PRECEDIDO DE AUXÍLIO
POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA,
COM DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO
ANTERIOR À REFORMA DA
PREVIDÊNCIA

*LEGAL REGIME APPLICABLE TO PENSION DUE TO
PERMANENT DISABILITY, WITH INCAPACITY DATE
BEGINNING AFTER EC NO 103/2019, PRECEDED BY
TEMPORARY INCAPACITY BENEFIT*

Fabio Alessandro Fressato Lessnau

Procurador Federal. Mestre em Direito Processual Civil pela Unipar. Especialista em Processo Civil pela Unipar. Especialista em Direito Tributário pela Unicuritiba. Especialista em Direito Previdenciário pela UNIDERP. Membro Fundador da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Integrante da Equipe de Trabalho Remoto de Benefício por Incapacidade do Estado do Paraná - Comarcas (ETR-BI/PR/COM)

SUMÁRIO: Introdução. 1. Regras Gerais do Auxílio por Incapacidade Temporária. 2. Regras Gerais da Aposentadoria por Incapacidade Permanente. 3. Sistemática de Cálculo dos Benefícios por Incapacidade; 4. Da Reforma da Previdência e da Aplicação dos

Princípios do Direito Adquirido e Tempus Regit Actum.
5. Do Regime Jurídico de Cálculo da Aposentadoria por Incapacidade Permanente Precedida de Auxílio por Incapacidade Temporária em Face do Novo Regime Jurídico Instaurado pela EC nº 103/2019. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: A Reforma da Previdência, concretizada através da Emenda Constitucional n.º 103/2019, objetivou atender ao princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial. Nesse sentido, promoveu-se alteração no critério de cálculo dos benefícios previdenciários, sendo que, em alguns casos, houve significativa redução de seu valor. Este estudo tem por objetivo desenvolver um raciocínio a respeito da aplicação das leis no transcurso do tempo, diante da sucessão de regimes jurídicos decorrentes da Reforma da Previdência. O problema, aqui proposto refere-se à pretensão de revisão do valor do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, cujo fato gerador se deu ao tempo da Emenda Constitucional n.º 103/2019. Essa pretensão fundamenta-se no suposto direito adquirido a regime jurídico anterior, em virtude do recebimento de auxílio por incapacidade temporária previamente à Reforma da Previdência. Ao final, será possível compreender que, diante da aplicação do princípio tempus regit actum, o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente deve observar a lei vigente à época de seu fato gerador, ainda, que, precedido de auxílio doença, pois, neste caso analisado, não há que se falar em direito adquirido a regime jurídico anterior.

PALAVRAS-CHAVE: Benefícios por Incapacidade. Reforma da Previdência. Emenda Constitucional n.º 103/2019. Direito Adquirido. Tempus regit actum.

ABSTRACT: The Social Security Reform consolidated by the constitutional amendment n.º 103/2019, intended to address the constitutional principle of financial and actuarial equilibrium. In this sense, there's been alteration in the calculation criteria for beneficiary aid, of which in some cases, having significant reduction of its amount. The study objectifies the development of an argument about the application of laws in time, in the face of legal regiment succession as a result of the Social Security Reform. The problem intended to be analysed refers to the pretention to review the amount of pension due to permanent incapacity, which generating factor occurred by the constitutional

amendment n.º 103/2019. This pretension is fundamented by the alleged acquired right by prior legal regime, due to the obtainment of sickness benefit previous to the Social Security Reform. Finally, it will be possible to comprehend that, on behalf of the application of the *tempus regit actum* principle, the calculation of pension for permanent incapacity must observe the law in effect at the time of its generating factor, even though preceded by sickness benefit, since there mustn't be speaking of acquired right due to prior legal regime.

KEYWORDS: Incapacity Benefits. Social Security Reform. Constitutional Amendment n.º 103/2019. Acquired Right. *Tempus regit actum*.

INTRODUÇÃO

A Reforma da Previdência, concretizada através da Emenda Constitucional n.º 103/2019, teve como objetivo principal combater o déficit fiscal da Previdência Social, visando atender ao princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial.

O enfoque econômico que capitaneou a intenção do legislador em promover essas alterações legislativas para sanear as contas públicas, ainda, considerou fatores sociais que exercem pressão sobre o orçamento da previdência social, como: a projeção demográfica e a expectativa de sobrevida.

Embora a Emenda Constitucional 103/2019 tenha sido alardeada pelo Parlamento e pelo Poder Executivo como uma conquista histórica para a Previdência Social e, conseqüentemente, para o orçamento da União, concreto é que expressivas alterações promovidas no Regime Geral de Previdência Social afetaram a renda mensal inicial das prestações sociais.

Dentre essas alterações, destaca-se para o presente estudo, o novo método de cálculo do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, disciplinado no artigo 26, caput; §2º, inciso III e §3º, inciso II, todos da Emenda Constitucional n.º 103/2019. Essas novas regras fizeram com que o valor da aposentadoria por incapacidade permanente suportasse drástica redução e, conseqüentemente, perda patrimonial para os segurados da Previdência Social.

Assim, o objetivo deste artigo é desenvolver um raciocínio a respeito da aplicação das leis no tempo, analisando-se a relação entre a segurança jurídica e a necessidade de modernização da legislação previdenciária. O caminho encontrado para se conciliar essas duas pretensões está fundamentado na aplicação dos princípios do direito adquirido e *tempus regit actum*.

O problema que se propõe a analisar refere-se à pretensão de revisão do valor do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, com afastamento das regras de cálculo instituídas pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, a despeito de o fato gerador desse benefício ter sido constituído ao tempo da Reforma da Previdência. Essa intenção fundamenta-se no suposto direito adquirido de aplicação das normas do regime jurídico anterior, diante do recebimento do benefício de auxílio por incapacidade temporária, previamente à vigência da Reforma da Previdência.

Como metodologia de trabalho, projeta-se o método hipotético-dedutivo, com uma interpelação avaliativa dos princípios constitucionais e das novas normas que orientam o direito previdenciário.

O ponto de partida do presente estudo serão as regras gerais dos benefícios de auxílio por incapacidade temporária e da aposentadoria por incapacidade permanente. Posteriormente, analisar-se-á os critérios de cálculos dos benefícios por incapacidade, a aplicação dos princípios do direito adquirido e *tempus regit actum* no contexto da Reforma da Previdência. Encerrando o raciocínio desenvolvido, tratar-se-á do regime jurídico de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, precedido de auxílio por incapacidade temporária, em face do novo regime jurídico instaurado pela Emenda Constitucional n.º 103/2019.

Assim, ao final, será possível compreender que deve ser aplicado o princípio *tempus regit actum* na hipótese de concessão de aposentadoria por incapacidade permanente, cujo fato gerador se deu ao tempo da Emenda Constitucional, precedida de auxílio por incapacidade temporária, com data de início da incapacidade fixado anteriormente à Reforma da Previdência.

1. REGRAS GERAIS DO AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

O auxílio por incapacidade temporária encontra-se disciplinado nos artigos 59 a 63, da Lei n.º 8.213/1991 e, regulamentado nos artigos 71 a 80, do Decreto n.º 3.048/1999.

Esse benefício é concedido ao segurado empregado que ficar incapacitado para seu trabalho ou atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos, competindo ao empregador o pagamento integral do salário durante esse período de afastamento. A partir do décimo sexto dia de afastamento, o benefício passa a ser pago pelo INSS, sendo considerado esse momento como data de início do benefício (DIB).

Por sua vez, caso o segurado empregado efetue o requerimento após 30 (trinta) dias do afastamento da atividade, a data de início do benefício (DIB) será na data de entrada do requerimento (DER).

Para os demais segurados, a data de início do benefício (DIB) será a data do início da incapacidade (DII) ou, da data de entrada do requerimento (DER), se entre essas duas datas transcorrem mais de trinta dias.

Registre-se que o fato gerador desse benefício será, como regra, a data de início da incapacidade, conforme descrito no artigo 301, da Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015.

A concessão do benefício pressupõe a incapacidade para o trabalho que foi afastado, assim, o pagamento do benefício será feito enquanto permanecer essa condição. Porém, caso retorne à atividade durante seu recebimento, terá o benefício cancelado. Isso não impede que se execute outra atividade que não esteja limitada pela incapacidade que gerou a concessão do benefício.

Deverá ser cumprida carência de doze contribuições mensais, sendo que, havendo perda da qualidade de segurado, necessitará contar, a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com pelo menos seis contribuições antes da data de início da incapacidade.

Por seu turno, para os segurados obrigatórios e facultativos, quando o infortúnio tiver natureza acidentária, o benefício será concedido, independentemente do cumprimento do período de carência, desde que mantida a qualidade de segurado.

A cessação do benefício ocorrerá com a recuperação da capacidade para o trabalho ou pela concessão de aposentadoria por incapacidade permanente. Ainda, poderá ocorrer sua cessação em razão de conversão em auxílio acidente, desde que, preenchidos os requisitos para implantar este benefício e o evento causador da redução da capacidade laborativa seja o mesmo que gerou o auxílio por incapacidade temporária.

Traçadas as regras gerais do benefício de auxílio por incapacidade temporária, analisar-se-ão as normas que regem o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente.

2. REGRAS GERAIS DA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE

Concede-se a aposentadoria por incapacidade permanente ao segurado que for considerado incapaz para o trabalho de forma total e definitiva, bem como, insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta subsistência. Tal benefício será pago durante o período que essa condição se mantiver, porém, caso o segurado retorne voluntariamente à atividade, sua aposentadoria será automaticamente cancelada a partir da data do regresso ao trabalho.

Exige-se a comprovação de carência de doze contribuições mensais, salvo no caso 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 Economia¹. Contudo, deve ser comprovada a qualidade de segurado na data de início da incapacidade.

O termo inicial do benefício será: (i) o dia imediato ao da cessação do auxílio por incapacidade temporária, caso esteja recebendo essa prestação social; (ii) em relação ao segurado empregado, o décimo sexto dia do afastamento da atividade ou, a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias; (iii) para o segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias.

Repete-se a norma aplicável ao auxílio por incapacidade temporária, no sentido que, os primeiros quinze dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar o salário ao segurado empregado.

Para a aposentadoria por incapacidade permanente, o fato gerador será o momento da caracterização da incapacidade total e definitiva para qualquer atividade laboral que lhe garanta subsistência, devendo, ademais, ser considerado sem condições de reabilitação profissional.

Destaque-se que, tanto para auxílio por incapacidade temporária, quanto para a aposentadoria por incapacidade permanente, o fato gerador caracteriza-se no momento de identificação da data de início da incapacidade, sendo que essa compreensão é de grande importância para resolução do problema proposto neste estudo.

3. SISTEMÁTICA DE CÁLCULO DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

1 Decreto n.º 3.048/1999, artigo 30, §2º: Até que seja elaborada a lista de doenças ou afecções a que se refere o inciso III do caput, independará de carência a concessão de auxílio por incapacidade temporária e de aposentadoria por incapacidade permanente ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, seja acometido por alguma das seguintes doenças: I - tuberculose ativa; II - hanseníase; III - alienação mental; IV - esclerose múltipla; V - hepatopatia grave; VI - neoplasia maligna; VII - cegueira; VIII - paralisia irreversível e incapacitante; IX - cardiopatia grave; X - doença de Parkinson; XI - espondiloartrose anquilosante; XII - nefropatia grave; XIII - estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); XIV - síndrome da imunodeficiência adquirida (aids); ou XV - contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

As regras de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente sofreram profundas alterações pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, tendo sido redefinido tanto o método de apuração do salário de benefício, quanto o percentual aplicável para se encontrar a renda mensal inicial.

Em relação ao benefício de auxílio por incapacidade temporária, a Reforma da Previdência produziu efeitos mais sutis, com alteração, basicamente, no critério de cálculo do salário de benefício.

Para a melhor compreensão das alterações inauguradas pela Reforma da Previdência, importante a análise do modelo que estava em vigor anteriormente a esse marco histórico.

O salário de benefício do auxílio por incapacidade temporária e da aposentadoria por incapacidade permanente, era o resultado da média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo. Essa média não poderia ser inferior a um salário mínimo, nem superior ao limite máximo do salário de contribuição na data de início do benefício.

Através desse método, poderia ser excluído 20% (vinte por cento) dos menores salários de contribuição, “resultando em um valor capaz de substituir satisfatoriamente a remuneração pelo trabalho do segurado”².

Encontrado o valor do salário de benefício, aplicava-se um determinado percentual para se obter a renda mensal inicial do benefício, que corresponderia ao montante que o segurado teria direito a receber mensalmente.

Para a aposentadoria por incapacidade permanente, inclusive no caso de acidente do trabalho, a renda mensal inicial correspondia a 100% (cem por cento) do salário de benefício.

Por seu turno, a renda mensal inicial do auxílio por incapacidade temporária não foi alterada pela Reforma da Previdência. Com efeito, nos termos do artigo 61, da Lei 8.213/1991 e, artigo 72, do Decreto 3.048/1999, com redação dada pelo Decreto n.º 10.410/2020, seu percentual permaneceu fixada em 91% (noventa e um por cento) do salário de benefício.

A despeito de a Emenda Constitucional não ter alterado o coeficiente de cálculo do auxílio por incapacidade temporária, não existe impedimento para que “venha a ocorrer redução por lei ordinária e, à semelhança da aposentadoria por invalidez, passe a levar em consideração o tempo de contribuição de cada segurado na apuração do coeficiente de cálculo”³.

Entretanto, o §10, do artigo 29, da Lei n.º 8.213/1991, fixou que o auxílio por incapacidade temporária não poderá exceder a média aritmética simples dos últimos 12 (doze) salários-de-contribuição, inclusive em caso

2 KERTZMAN, Ivan. Entendendo a Reforma da Previdência. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 104.

3 LAZZARI, op. cit., p. 104.

de remuneração variável, ou, se não alcançado o número de 12 (doze), a média aritmética simples dos salários-de-contribuição existentes.

Com a Emenda Constitucional n.º 103/2019, nos termos de seu artigo 26, para o cálculo do salário de benefício, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições ao Regime Geral de Previdência Social, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência de julho de 1994 ou, desde o início das contribuições, se posteriores àquela competência. Essa média será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social.

Levando-se em conta essa norma, atualmente, não existe mais o descarte de 20% (vinte por cento) dos menores salários de contribuição, passando a ser considerado todo o histórico contributivo do segurado, método que, como regra, poderá levar a uma diminuição do salário de benefício, “aviltando o valor das aposentadorias em geral, não poupando a aposentaria por invalidez”⁴.

Posteriormente ao cálculo do salário de benefício, em relação à aposentadoria por incapacidade permanente, conforme a letra dos §§ 2º e 5º, do artigo 26, da Emenda Constitucional n.º 103/2019, a renda mensal inicial será computada através da aplicação do percentual de 60% (sessenta por cento) da média encontrada, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição para homens e, 15 anos de contribuição, para mulheres.

No caso de o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente ter natureza acidentária (acidente de trabalho, doença profissional ou doença do trabalho), a renda mensal inicial consistirá em 100 % (cem por cento) do salário de benefício, inobstante os anos de contribuições do segurado.

Portanto, previamente à reforma da previdência, a aposentadoria por incapacidade permanente, independentemente de sua natureza, tinha o coeficiente de 100% do salário de benefício. Contudo, neste momento, somente a aposentadoria por incapacidade permanente decorrente de acidente de trabalho, de doença ocupacional e de doença do trabalho, terá o coeficiente de 100% do salário de benefício.⁵

Analisando esse novo método de cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, Ivan Kertzman aduz que:

⁴ Ibidem., p. 104.

⁵ LAZZARI, João Batista; [et al.]. *Comentários à Reforma da Previdência*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 96.

[...] é inegável que a nova regra trouxe grande perda o valor das aposentadorias, em relação ao modelo antigo. A primeira redução ocorre ao não mais permitir o descarte de 20% no valor dos benefícios, que pode representar uma redução significativa na média (...). Mas as perdas com a nova forma de cálculo da aposentadoria por invalidez ordinária não pararam na média. A renda mensal do benefício foi bastante afetada, uma vez que antes receberia 100% e agora, recebem 60%, com acréscimo de 2% por ano adicional aos 20 anos, para homens, e, 15 anos, para mulheres [...].⁶

Registre-se, ainda, que, diante da redução do percentual utilizado para o “cálculo da aposentadoria por invalidez, poderá ocorrer situação inusitada, qual seja, a renda mensal inicial do auxílio-doença ultrapassar o da aposentadoria por invalidez, quando não seja decorrente de acidente ou doença do trabalho”⁷.

Portanto, a Emenda Constitucional alterou a fórmula de cálculo do salário de benefício dos benefícios previdenciários, passando a ser considerada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições previdenciárias, atualizadas monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência de julho de 1994 ou, desde o início das contribuições, se posteriores àquela competência.

Para se alcançar o valor da aposentadoria por incapacidade permanente de natureza previdenciária, aplica-se sobre o salário de benefício o percentual de 60% (sessenta por cento), com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição para homens e, 15 anos de contribuição, para mulheres. Na hipótese de aposentadoria por incapacidade permanente acidentária, o valor do benefício corresponderá a 100% (cem por cento) do salário de benefício.

Em relação ao benefício de auxílio por incapacidade temporária, aplica-se o percentual de 91% (noventa e um por cento) sobre o salário de benefício.

Definidos os critérios de cálculos dos benefícios por incapacidade (auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente), analisar-se-á, no tópico seguinte, o conceito e conteúdo dos princípios do direito adquirido e do princípio *tempus regit actum*, institutos fundamentais para a compreensão do regime jurídico que deve

6 KERTZMAN, Ivan. *Entendendo a Reforma da Previdência*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 109.

7 LAZZARI, op. cit., p. 104.

ser aplicado aos benefícios cujos fatos geradores orbitam em momento anterior e posterior à reforma da previdência.

4. DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA E DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO E TEMPUS REGIT ACTUM

A aplicação da lei no tempo é um assunto que pode gerar grandes controvérsias, com potencialidade de conflito entre o direito fundamental à segurança jurídica e a necessidade de modernização e aperfeiçoamento da legislação, constituindo “grande desafio tentar conciliar essas duas pretensões, em aparente antagonismo”⁸.

Nesse sentido, torna-se natural que o cidadão esboce preocupação com a entrada em vigor de novas normas previdenciárias, especialmente quando vislumbra probabilidade teórica de perda de direitos que considerava incorporado ao seu patrimônio jurídico.

Diante dessa apreensão, importante a análise do conceito e conteúdo do direito adquirido, princípio com teor de direito fundamental, consagrado no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal e, descrito no §2º, do artigo 6º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Da mesma forma, relevante o estudo da aplicação do princípio *tempus regit actum* no direito previdenciário.

O direito adquirido é um direito subjetivo que pode ser exercido pelo seu titular ou, pleiteado na via judicial quando entender que houve sua violação pelo responsável pela prestação correspondente. Entende-se que a nova lei não pode desfazer a situação jurídica consumada e, se o direito subjetivo não foi exercido, com a nova lei, transforma-se em direito adquirido, pois era direito exercitável e exigível de forma facultativa pelo titular⁹.

Assim, a possibilidade de exercício do direito continua no domínio de vontade de seu titular em face da lei nova. O direito subjetivo transforma-se em direito adquirido em razão da edição de lei nova que tenha alterado a base normativa em que foi constituído. Não se refere à retroatividade da lei, mas ao limite de sua aplicação¹⁰.

Esse direito é assimilado quando o titular preenche os requisitos necessários para seu exercício, logo, a partir desse momento, o direito incorpora-se ao patrimônio do titular, de modo que, sendo considerado

8 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 352.

9 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 434-435

10 Ibidem., p. 434-435.

regular e legitimamente obtido, poderá ser reivindicado diante de qualquer ataque exterior por via da interpretação ou aplicação da lei.¹¹

Ademais, a lei tem efeito imediato sobre os fatos ocorridos a partir de sua vigência, não sendo aplicada, como regra, de forma retroativa, “sob pena de intolerável insegurança jurídica”¹². Aplica-se de imediato, inclusive, as emendas constitucionais, pois, nesse caso, trata-se de criação do poder constituinte instituído. Registre-se a possibilidade de retroação da lei benéfica no direito penal e tributário.

Esse conceito foi observado pela Emenda Constitucional n.º 20/1998, ao reconhecer em seu artigo 3º, o direito adquirido para concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação dessa Emenda, tivessem cumprido os requisitos para a obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. Regramento semelhante está disposto na Emenda Constitucional nº 41/2003.

A Emenda Constitucional n.º 103/2019¹³, seguindo a tradição de não vulnerar o direito adquirido e, utilizando-se de redação muito semelhante àquelas contidas nas Emendas Constitucionais n.º 20/1998 e 41/2003, assegurou o direito adquirido à concessão de aposentadoria e à pensão por morte aos respectivos dependentes.

A despeito dessa norma fazer referência apenas à aposentadoria e pensão por morte, o conteúdo relacionado ao direito adquirido tem aplicação aos demais benefícios, diante da aplicação lógica do instituto ao sistema jurídico como um todo.

Preenchidos todos os requisitos para a concessão de um benefício até o dia da publicação da Emenda Constitucional n.º 103/2019, o direito ao regime anterior deve ser garantido. Porém, não havendo essa comprovação, aplicam-se as normas contidas no novo regramento, “pois a ninguém é dado ter o melhor de dois mundos jurídicos, criando um terceiro regime jurídico com escolha do melhor dos dois mundos”¹⁴.

Assim, o exercício do direito a uma aposentadoria, com base em regras de um regime jurídico anterior, exige a reunião de todos os requisitos

11 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. Ed., São Paulo: Ltr, 2013, p. 112.

12 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito Previdenciário*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 60.

13 Emenda Constitucional n.º 103/2019, Artigo 3º: A concessão de aposentadoria ao servidor público federal vinculado a regime próprio de previdência social e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social e de pensão por morte aos respectivos dependentes será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte.

14 AMADO, Frederico. *Reforma da Previdência Comentada*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 123.

necessários para sua concessão ao tempo da norma revogada, de forma que “as normas jurídicas posteriores, que estabeleçam requisitos diversos ou mais rigorosos para obtenção desse benefício, não se aplicam ao titular do direito adquirido”¹⁵.

O Supremo Tribunal Federal dispõe de precedentes a respeito da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, destacando-se o RE 575.089, no qual se assentou que não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior, pois a superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários¹⁶.

Esse método não poderia ser diferente em relação ao cálculo do valor dos benefícios, os quais serão apurados “de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos para concessão do benefício”¹⁷.

Percepção semelhante é manifestada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto proferido no RE 626489, ao declarar que “a lei aplicável para a concessão de benefício, bem como, para fixar os critérios de seu cálculo, é a que estava em vigor no momento em que os pressupostos da prestação previdenciária se aperfeiçoaram”¹⁸.

Porém, não se pode perder de vista a que garantia constitucional ao direito adquirido não tem aplicabilidade ilimitada “no tocante a instituições, ou institutos jurídicos”, pois “aplica-se logo, não só a lei abolutiva, mas a que, sem os eliminar, lhe modifica essencialmente a natureza”¹⁹.

Trata-se da aplicação do princípio *tempus regit actum*, que estabelece que os atos jurídicos deverão ser orientados pela lei vigente no momento do nascimento do direito à prestação previdenciária²⁰.

Denota-se que o ato administrativo de concessão de um benefício previdenciário classifica-se como ato jurídico perfeito, pois esse ato aperfeiçoa-se sob a vigência de uma lei e, continua a gerar efeitos jurídicos, mesmo diante do surgimento de novos regimes jurídicos instituído por

15 Ibidem., p. 63.

16 RE 575089, Relator: Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 10/09/2008, Repercussão Geral. DJe: 24/10/2008.

17 BARBOSA, Washington Luís Batista; MENDONÇA, Carlos Alexandre de Castro. Reforma da Previdência: entenda ponto a ponto. São Paulo: LTr, 2019, p. 32.

18 Trecho extraído do Voto do Ministro Luis Roberto Barroso, no RE 626489 (Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2013, acórdão eletrônico repercussão geral. Public: 23/09/2014).

19 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955, p. 62.

20 AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 10ª ed., Salvador: JusPodivm, 2018, p. 275

novas normas. Assim, a lei nova não se aplicará ao benefício concedido anteriormente²¹.

Não existe direito adquirido a novo regime jurídico criado por lei, pois deve ser aplicada a lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos para concessão do benefício, uma vez que, antes desse momento, há mera expectativa de direito. Esse princípio tem fundamento no conceito de ato jurídico perfeito, com previsão no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal²².

Seguindo o princípio *tempus regit actum*, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento através da Súmula 340²³, reconhecendo que a “lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”²⁴.

O Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento do AI 732.564²⁵, consagrou a aplicação do princípio *tempus regit actum*, ao consignar que “a pensão por morte rege-se pela legislação em vigor na data do falecimento do segurado. Princípio da lei do tempo rege o ato (*tempus regit actum*)”.

A aplicação desse entendimento no âmbito do direito previdenciário torna-se mais clara através do seguinte exemplo: Se uma aposentadoria exige o requisito contributivo, ampliado por uma nova lei, de 35 para 40 anos, o segurado que não completou os 35 anos antes da vigência da lei revogadora não tem direito adquirido, pois situava-se na simples expectativa de direito²⁶. Nesse caso, aplica-se o princípio *tempus regit actum*.

Distinta é situação em que havia completado todos os requisitos ao tempo da norma revogada, porém, não requereu a prestação. Nesse caso, trata-se de aplicação do princípio do direito adquirido, pois o direito não exercido permaneceu integral e assegurado, podendo ser reivindicado a qualquer tempo.

Apresentada a diferença entre os princípios do direito adquirido e *tempus regit actum*, sobretudo pela visão do direito previdenciário, passa-se a analisar como esses institutos podem ser aplicados na hipótese do problema proposto neste estudo.

21 Ibidem., p. 275.

22 Ibidem., p. 275.

23 Súmula 340, Terceira Seção, julgado em 27/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 581.

24 Entendimentos semelhantes foram sumulados pelos Tribunais Superiores: Súmula 359 – STJ: Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos de inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários; Súmula 613 – STF: Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos de inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

25 STF, AI n.º 732564 AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-204 28/10/2009, PUBLIC 29/10/2009.

26 MARTINEZ, op. cit., p. 113.

5. DO REGIME JURÍDICO DE CÁLCULO DA APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE PRECEDIDA DE AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA EM FACE DO NOVO REGIME JURÍDICO INSTAURADO PELA EC N° 103/2019

Para a concessão do auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente, deve haver a precisa identificação da data de início da incapacidade (DII), pois esse evento caracteriza o fato gerador desses benefícios.

Fixada a data de início da incapacidade, torna-se possível a análise da comprovação do período mínimo de carência, da qualidade de segurado e da ausência de incapacidade preexistente à filiação ao Regime Geral de Previdência Social. Preenchidos esses requisitos, o direito pretendido poderá ser concedido, caso identificada a incapacidade laboral.

No presente estudo, o problema proposto refere-se à hipótese em que o fato gerador do auxílio por incapacidade temporária foi fixado antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 103/2019. Ulteriormente, esse benefício é convertido em aposentadoria por incapacidade permanente, com fixação de seu fato gerador em momento posterior à Reforma da Previdência.

Na prática, o conflito surge em razão de que o critério de cálculo de cada um desses benefícios seria regido por regimes jurídicos distintos. Em relação ao auxílio por incapacidade temporária, devem ser aplicadas as normas que precederem a Reforma da Previdência. Por sua vez, o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente seria disciplinado pelas regras instauradas pela Emenda Constitucional n.º 103/2019.

Ocorre que, as regras da Emenda Constitucional n.º 103/2019, aplicáveis ao cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, reduziram radicalmente o valor desse benefício, se comparado com as normas do regime anterior.

Com isso, identifica-se na realidade previdenciária pretensões de afastamento das regras do artigo 26, *caput* e §2º, inciso III, da Emenda Constitucional n.º 103/2019, para que o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente seja realizado pelas regras precedentes à Reforma da Previdência, conforme disciplinado no inciso II, do artigo 29 e artigo 44, ambos da Lei n.º 8.213/1991.

Essas regras da Lei de Benefícios ainda contém o texto anterior à Reforma da Previdência, quando o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente considerava o salário de benefício correspondente à média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo período contributivo. Em relação à renda mensal inicial, aplicava-se o percentual de 100% (cem por cento) sobre

o salário de benefício, independentemente da natureza da aposentadoria por incapacidade permanente.

Evidente que a aplicação dessas regras de cálculo, precedentes à Reforma da Previdência, resultavam em um valor final do benefício mais elevado, quando comparado ao sistema atual.

O desafio a ser enfrentado, diante desse aparente conflito de aplicação da lei no tempo, é encontrar um meio que não vulnere a segurança jurídica e, também, assegure a aplicação das novas normas idealizadas pelo legislador. Esse desafio pode encontrar solução através do emprego do princípio do direito adquirido e do princípio *tempus regit actum*.

Observa-se que, a Emenda Constitucional n.º 103/2019, estabeleceu em seu artigo 3º, que o regime anterior estaria assegurado, a qualquer tempo, desde que fossem cumpridos os requisitos necessários para obtenção da prestação social pretendida, até a data de entrada em vigor da emenda constitucional, observada a legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos.

Portanto, deve ser avaliado com precisão se o segurado “cumpriu os requisitos até a vigência da reforma da Previdência Social, em 13.11.2019, para fins de constatação do direito adquirido anterior à reforma da previdência social”.²⁷ Por sua vez, os fatos geradores ocorridos do dia 14 de novembro de 2019 em diante devem ser regidos pelas regras da Emenda Constitucional n.º 103/2019.

O exemplo proposto por Hermes Arrais Alencar elucida com precisão a hipótese analisada:

[...] dentre os benefícios de risco situam-se o auxílio-doença (B31 e B92) e a aposentadoria por invalidez (B32 e B92), que devem ter a RMI calculada sempre de forma independente, por se tratarem de benefício autônomos, respeitada a legislação vigente na data do implemento dos requisitos necessários à satisfação de cada um desses benefícios, quer se trate de concessão originária de aposentadoria por invalidez, quer se trate de transformação de B/31 em B/32 [...].²⁸

No âmbito da Advocacia Geral da União essa situação foi analisada pela Coordenação de Orientação do Contencioso de Benefícios da Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro

27 AMADO, Frederico. MESQUITA, Eduardo Massao Goto. *Planejamento Previdenciário da Aposentadoria Voluntária no Regime Geral de Previdência Social*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 644.

28 ALENCAR, Hermes Arrais. *Cálculo de benefícios previdenciários: regime geral de previdência social*. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 147.

Social – INSS, em razão de provocações das unidades de contencioso da Procuradoria-Geral Federal.

Nesse sentido, realizou-se consulta sobre a estratégia de que deveria ser adotada em relação a situações surgidas após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 103/2019, notadamente no que se refere ao regime jurídico que deve ser aplicado nas hipóteses de: (i) requerimento de aposentadoria por incapacidade permanente formulado posteriormente à entrada em vigor da Reforma da Previdência, porém, com data de início da incapacidade fixado em momento anterior a esse marco temporal e, (ii) requerimento de restabelecimento de auxílio por incapacidade temporária ou, sua conversão em aposentadoria por incapacidade permanente, em data anterior à Reforma da Previdência, com reconhecimento judicial do direito à aposentadoria por incapacidade permanente em tempo posterior à vigência da Emenda Constitucional n.º103/2019.

A Coordenação Geral em Matéria de Benefícios da Procuradoria Federal Especializada junto INSS emitiu a Nota n. 00021/2020CGMB/PFE-INSS-SEDE/PGF/AGU, aprovada pela Coordenação-Geral de Matéria de Benefícios, através do Despacho n. 00315/2020/CGMB/PFE-INSS-SEDE/PGF/AGU, com as seguintes conclusões:

1. Requerimento de aposentadoria por incapacidade permanente formulado em 01/01/2020, com constatação de Data de Início de Incapacidade - DII em 01/10/2019. Qual regime jurídico aplicável?
2. Requerimento de restabelecimento de Auxílio-Doença cessado em 30/09/2019 (benefício temporário com DII em 01/01/2019) ou conversão em aposentadoria por incapacidade permanente, reconhecido em juízo o direito ao restabelecimento com posterior conversão em aposentadoria em 01/12/2019. Qual o regime jurídico aplicável para a aposentadoria? ”

Em relação ao item 1, deve ser aplicada a lei em vigor na DII em 01/10/2019, e não a lei em vigor na DER em 01/01/2020.

Por sua vez, no que tange ao item 2, mesmo que o fato gerador do auxílio-doença seja em 01/01/2009, se ficar demonstrado que o fato gerador da aposentadoria por incapacidade permanente fruto de conversão do benefício anterior se deu em 01/12/2019, deve ser aplicado o regime jurídico da EC 103/2019, pois é a legislação em vigor no dia da formação do direito.

No mesmo sentido das conclusões da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS são os enunciados 213 e 214, do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais - FONAJEF, com o seguinte teor, respectivamente: “O cálculo dos benefícios por incapacidade deve observar os critérios da legislação anterior à entrada em vigor da EC 103/19, quando a data de início da incapacidade a preceder, mesmo que a DER seja posterior” e, “O cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente deve observar a lei vigente à época do início da incapacidade permanente, ainda que precedido de auxílio doença”.

Vislumbra-se, assim, que, as situações acima descritas aplicam, na prática, o entendimento que o princípio do direito adquirido deve ser invocado para que o regime jurídico pretérito seja aplicado, desde que, ao tempo desse regime, tenham sido preenchidos todos os requisitos necessários para a concessão do direito invocado.

Por outro lado, o direito previdenciário exige a aplicação do princípio *tempus regit actum*, que impõe que os atos jurídicos sejam orientados pela norma vigente no momento de sua realização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas regras para o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, introduzidas pela Emenda Constitucional n.º 103/2019, resultaram em significativa diminuição do valor desse benefício.

Por sua vez, o auxílio por incapacidade temporária não sofreu profundas alterações, tendo sido redefinido, apenas, o método de cálculo do salário de benefício, o qual seguiu a sistemática do artigo 26, caput, da Emenda Constitucional n.º 103/2019. No tocante à sua renda mensal inicial, não houve alteração, permanecendo a aplicação do percentual de 91% (noventa e um por cento) sobre o salário de benefício.

Na hipótese de conversão de um auxílio por incapacidade temporária em aposentadoria por incapacidade permanente, é imprescindível a precisa fixação da data de início da incapacidade de cada um desses benefícios, em razão de ocorrerem em momentos distintos.

Ainda, nessa hipótese, caso cada um desses benefícios esteja regido por regimes jurídicos distintos, em virtude de sucessão legislativa, podem ser levantadas controvérsias sobre a legislação aplicável.

Observe-se o seguinte exemplo: concedido um benefício de auxílio por incapacidade temporária, com data de início de incapacidade em 10/10/2019 (DII) e, data da entrada do requerimento em 20/10/2019 (DER). Em razão de agravamento da enfermidade, identificou-se incapacidade total e definitiva em 15/01/2020 (DII), com pedido de revisão em 25/01/2020 (DER).

Nesse exemplo, o fato gerador do auxílio por incapacidade temporária foi fixado em momento anterior à Emenda Constitucional n.º 103/2019. Por sua vez, a data de início da incapacidade da aposentadoria por incapacidade permanente está definida em momento posterior à Reforma da Previdência.

A pretensão de aplicação das regras de cálculo anteriores à Emenda Constitucional n.º 103/2019, considera o fato que essas normas são mais favoráveis ao segurado.

Pelo que foi estudado pode-se concluir que essa pretensão não é cabível, uma vez que o regime jurídico de cálculo do auxílio por incapacidade temporária, cujo fato gerador se deu antes da entrada em vigor da Reforma da Previdência, não pode ser aplicado à aposentadoria por incapacidade permanente, em que o fato gerador fixou-se em momento que já estava em vigor a Emenda Constitucional n.º 103/2019.

O óbice dessa pretensão encontra-se na aplicação do princípio *tempus regit actum*, que exige o emprego da norma vigente no momento de nascimento do direito pretendido.

Ademais, não se admite a alegação de direito adquirido a regime jurídico, cuja pretensão seja conjugar as vantagens de um novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior. Em verdade, o princípio do direito adquirido assegura o direito pretendido quando comprovada a reunião de todos os requisitos necessários para sua concessão ao tempo da norma revogada.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Cálculo de benefícios previdenciários: regime geral de previdência social*. 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 10 ed., Salvador: JusPodivm, 2018.

_____, Frederico. *Reforma da Previdência Comentada*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

_____, Frederico. MESQUITA, Eduardo Massao Goto. *Planejamento Previdenciário da Aposentadoria Voluntária no Regime Geral de Previdência Social*. Salvador: JusPodivm, 2021.

BARBOSA, Washington Luís Batista; MENDONÇA, Carlos Alexandre de Castro. *Reforma da Previdência: entenda ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito Previdenciário*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. Ed., São Paulo: Ltr, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

KERTZMAN, Ivan. *Entendendo a Reforma da Previdência*. Salvador: JusPodivm, 2020.

LAZZARI, João Batista; [et al]. *Comentários à Reforma da Previdência*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

A AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS RELATIVAS A BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE EM CASO DE OMISSÃO DO SEGURADO

*THE ABSENCE OF INTEREST IN THE SOCIAL SECURITY
SUITS INVOLVING INCAPABILITY BENEFITS IN CASE OF
OMISSION OF THE INSURED*

Dora Maynard Pereira

*Especialista em Direito Público e em Direito Constitucional, Procuradora Federal,
Coordenadora da Equipe de Trabalho Remoto de Benefícios por Incapacidade da
Procuradoria Regional Federal da 1ª Região (ETR-BI/PRF1).*

SUMÁRIO: Introdução; 1. As condições da ação no Processo Civil Brasileiro; 2. O interesse de agir e sua aplicação nas ações previdenciárias de benefício por incapacidade; 3. O interesse de agir e a omissão do segurado quanto à apresentação de requerimento administrativo; 4. O interesse de agir e a omissão do segurado quanto ao pedido de prorrogação de benefício por incapacidade; 5. O interesse de agir e a omissão do segurado quanto à apresentação de documentos ou ao comparecimento à perícia administrativa (indeferimento forçado); 6. O interesse de agir e o surgimento de doença superveniente.

RESUMO: Este artigo trata do interesse de agir como condição para o julgamento de mérito de ação judicial, nos casos em que o segurado da Previdência Social deu causa à não concessão de benefício por incapacidade requerido junto Instituto Nacional do Seguro Social. Busca-se demonstrar que, de acordo com as regras que regem o Regime Geral de Previdência Social, o deferimento da concessão de benefício previdenciário por incapacidade depende de participação ativa do segurado, de modo que a sua omissão impede a apreciação do pedido pela Administração Pública. Assim, conclui-se que não há interesse de agir para o ajuizamento de ação judicial nestes casos, pois ausente a necessidade de utilização da via judicial para a satisfação da pretensão do interessado.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse de Agir. Ações Judiciais Previdenciárias. Benefícios por Incapacidade. Requerimento Administrativo. Omissão do Segurado.

ABSTRACT: This article deals with the interest of acting as a condition for judging the merits of a lawsuit, in cases in which the Social Security insured caused the non-granting of disability benefits required by the National Social Security Institute. It seeks to demonstrate that, according to the rules that govern the General Social Security Regime, the granting of the incapability benefit depends on the active participation of the insured, so that its omission prevents the Public Administration from considering the application. Thus, it is concluded that there is no interest in acting to file a lawsuit in these cases, as there is no need to use the judicial route to satisfy the interested party's claim.

KEYWORDS: Interest in Suing. Incapability Benefits. Social Security Lawsuits. Administrative Application. Omission of the Insured.

INTRODUÇÃO

Este artigo aborda o tema do interesse de agir nas ações previdenciárias que tratam dos benefícios por incapacidade previstos na Lei nº 8.213/91, nos casos em que a omissão do próprio segurado consiste em causa que, por si só ou não, impede a concessão da benesse pleiteada.

O primeiro capítulo aprecia, de forma sucinta, o instituto das condições da ação no âmbito do processo civil pátrio, por intermédio de um breve esboço histórico que demonstra o desenvolvimento do conceito de condições da ação, o qual nos trouxe ao entendimento compartilhado atualmente pela maior parte da doutrina brasileira.

Em seguida, passa-se a analisar, especificamente, a condição da ação que diz respeito à existência de interesse de agir, em seus aspectos de utilidade, necessidade e adequação, no bojo das ações judiciais que versam sobre benefícios por incapacidade.

Nos capítulos seguintes, são apreciadas algumas das questões controvertidas mais frequentes na prática judicial.

Com isso, busca-se evidenciar que, verificada a omissão do segurado, no momento do requerimento administrativo, que obsta o conhecimento da situação fática pelo Instituto Nacional do Seguro Social e, conseqüentemente, o deferimento do benefício, não há que se falar em interesse de agir para o ajuizamento de ação judicial, conquanto, em casos tais, a concessão do benefício por incapacidade poderia ser obtida diretamente na via administrativa.

1. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O estudo das condições da ação no âmbito do processo civil brasileiro demanda, antes de tudo, que se delinieie o conceito de ação adotado, tema tormentoso e que comporta inúmeras digressões.

Assim, para efeitos da presente abordagem, passa-se a analisar, de forma sucinta, as principais teorias da ação e os seus fundamentos, a sua adoção (ou não) no Brasil e a sua influência na definição e balizamento das condições da ação.

A primeira teoria a buscar a definição do conceito de ação, surgida no século XIX, foi a civilista (também denominada clássica ou imanetista), para a qual “a ação era o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou violação”¹ – não haveria, portanto, direito de ação sem o

1 Silva e Gomes (2002, p. 95) cit. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO À LUZ DA TEORIA DA ASSERÇÃO Eugênia Amábilis Gregorius e Stefani Urnau Bonfiglio - REVISTA DESTAQUES ACADÊMICOS, ANO 3, N. 2, 2011 - CCHJ/UNIVATES

respectivo direito material. Tal teoria foi adotada pelo Código Civil Brasileiro de 2016, conforme se depreende da leitura de seu art. 75², porém já se encontra superada, porquanto, entre outras razões que a afastaram, reconhece-se que há direito de ação independente de quaisquer direitos subjetivos privados.

A reação à teoria civilista teve como precursor Bernard Windscheid para quem a ação distingue-se da *actio*, que seria o próprio direito, o qual dá origem a uma pretensão. Theodor complementou a teoria de Windscheid, distinguindo o direito de ação do direito lesado, podendo-se falar, portanto, na existência de dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou.

Após estas discussões, é elaborada a teoria concretista da ação, que, malgrado abordasse a ação como autônoma ao direito subjetivo material, ainda os vinculava, padecendo, portanto, de vícios semelhantes aos da teoria civilista.

Desvincula-se pela primeira vez o direito de ação e o direito material, de forma radical, com o surgimento da teoria abstrativista da ação, segundo a qual o direito de ação é o direito subjetivo público que se exerce contra o Estado, independentemente do direito material que se objetiva, e em razão daquele sempre se poderia obrigar o réu a comparecer em juízo, podendo a causa ser julgada procedente ou improcedente.

Vem à lume, então, a teoria eclética da ação, desenvolvida por Liebmann, que define a ação como “o direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento este que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo”³, ou seja, esta teoria desvincula o direito de ação do direito material, mas condiciona-o ao preenchimento de certos requisitos – as condições da ação constituem, destarte, juntamente com os conceitos de mérito e jurisdição, a pedra angular da teoria⁴.

A teoria eclética da ação e, portanto, a imprescindibilidade de estarem presentes as condições da ação, foi adotada expressamente pelo Código Civil Brasileiro de 1973, nos seguintes termos:

Art. 3º. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 4º. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

2 Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.

3 Didier Júnior (2008, p. 168).cit. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO À LUZ DA TEORIA DA ASERÇÃO Eugênia Amábilis Gregorius e Stefani Urnau Bonfiglio - REVISTA DESTAQUES ACADÊMICOS, ANO 3, N. 2, 2011 - CCHJ/UNIVATES

4 Silva e Gomes (2002, p. 113) cit. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO À LUZ DA TEORIA DA ASERÇÃO Eugênia Amábilis Gregorius e Stefani Urnau Bonfiglio - REVISTA DESTAQUES ACADÊMICOS, ANO 3, N. 2, 2011 - CCHJ/UNIVATES

I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II - da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

(...)

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

(...)

Saliente-se, porém, que, quando do advento do referido Código, Liebman já havia mudado o seu posicionamento, inserindo a possibilidade jurídica do pedido no interesse de agir, bem como, posteriormente, adotou a tese de que a impossibilidade jurídica do pedido deveria conduzir à resolução do mérito da ação, culminando em uma sentença de improcedência e, conseqüentemente, em coisa julgada material.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, não se refere expressamente às condições da ação, é dizer, não utiliza estes termos, mas traz em seu bojo a imprescindibilidade da existência de interesse e legitimidade – ou seja, das condições da ação – para ter direito ao julgamento de mérito:

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

(...)

É de se pontuar que a doutrina diverge acerca da permanência ou não do instituto “condições da ação” no direito processual brasileiro a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, mormente em

face da ausência da expressão em seu texto, discussão cuja profundidade pugna por análise pormenorizada, de modo que, para os fins do presente artigo, adota-se o entendimento segundo o qual as condições da ação permanecem como categoria jurídica autônoma, tendo em vista que todos os dispositivos do Novo Código de Processo Civil possuem conteúdo semelhante aos seus correlatos no Código anterior, bem como a análise da legitimidade das partes e do interesse de agir continua sendo prévia ao julgamento do mérito⁵.

Tem-se, por conseguinte, que as condições da ação, na forma da teoria eclética da ação adotada no ordenamento jurídico brasileiro, são os requisitos que devem ser observados para que se possa obter a prestação jurisdicional, consubstanciada na sentença de mérito. Podem ser definidas, assim, como condições de admissibilidade do julgamento do mérito, ou seja, condições essenciais para o exercício da função jurisdicional em relação a questão posta em juízo⁶.

São elas o interesse processual e a legitimidade ad causam, e a ausência de qualquer uma delas, isoladamente, consiste em carência do direito de ação e, conseqüentemente, impõe-se a extinção do feito sem o julgamento do mérito, na forma do supracitado art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

2. O INTERESSE DE AGIR E SUA APLICAÇÃO NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE

O interesse de agir, ou interesse processual, possui três aspectos, quais sejam utilidade, necessidade e adequação. Requer-se, para existir interesse de agir, que o processo possa propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido (utilidade), que a atuação jurisdicional seja imprescindível para a obtenção de tal resultado (necessidade) e que se observe compatibilidade entre procedimento e pretensão (adequação).

Como bem observou o Min. Luís Roberto Barroso no julgamento do RE 631.240/MG:

(...) o interesse em agir é uma condição da ação essencialmente ligada aos princípios da economicidade e da eficiência. Partindo-se da premissa de que os recursos públicos são escassos, o que se

5 LAGE, Moisés Pereira. A supressão (ou não) das condições da ação no Novo Código de Processo Civil e suas eventuais conseqüências. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2016. In https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/MoisésPereiraLage.pdf

6 RAMALHO, Maria Isabel. Legitimidade para agir. Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 2007. In <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040513.pdf>

traduz em limitações na estrutura e na força de trabalho do Poder Judiciário, é preciso racionalizar a demanda, de modo a não permitir o prosseguimento de processos que, de plano, revelem-se inúteis, inadequados ou desnecessários.

Resta claro, portanto, que o ajuizamento de ações previdenciárias, inclusive aquelas atinentes aos benefícios por incapacidade, tem como pressuposto a presença do binômio utilidade-necessidade, bem como da adequação do procedimento à satisfação da pretensão autoral.

Ora, a utilidade em ingressar com uma ação judicial para obtenção de benefício previdenciário, em regra, é aferível, pois o processo judicial é meio apto à satisfação da pretensão autoral, quando há compatibilidade entre procedimento e pretensão (adequação).

A controvérsia acerca do interesse de agir nas ações judiciais que versam sobre benefícios previdenciários, inclusive os benefícios por incapacidade, costuma repousar na necessidade, ou não, de provimento jurisdicional para a obtenção da benesse previdenciária.

Como é consabido, a concessão administrativa de benefícios por incapacidade depende de provocação do interessado, por intermédio de requerimento administrativo, bem como de uma postura ativa, consistente em demonstrar administrativamente o implemento dos requisitos necessários à obtenção do benefício.

Destarte, sem que exista resistência do Instituto Nacional do Seguro Social – Autarquia federal à qual incumbe a manutenção do Regime Geral da Previdência Social e o pagamento dos benefícios decorrentes desse regime –, quanto à concessão do benefício ou nos casos em que o indeferimento administrativo decorre de omissão do próprio segurado, inexistente necessidade de provimento jurisdicional.

Isso porque, em casos tais, a concessão do benefício por incapacidade pode ser obtida diretamente na via administrativa, conforme determinam a Constituição da República e a legislação de regência, sendo prescindível a atuação jurisdicional para tanto, com o que resta afastado o interesse de agir, sendo o segurado/interessado carente de ação, o que será demonstrado na análise das hipóteses mais comuns de ausência de interesse processual em ações que tratam de benefícios por incapacidade.

3. O INTERESSE DE AGIR E A OMISSÃO DO SEGURADO QUANTO À APRESENTAÇÃO DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO

Entre as discussões mais emblemáticas acerca da existência de interesse de agir para o ajuizamento de ação judicial visando a obtenção

de benefício previdenciário por incapacidade encontra-se, com certeza, a atinente à exigência de prévio requerimento administrativo.

De um lado, a Autarquia Previdenciária sustentava que, à míngua de requerimento administrativo, não haveria pretensão resistida e, portanto, restaria descaracterizado o interesse de agir, eis que não se verificaria a presença do indispensável binômio utilidade-necessidade no ajuizamento da ação.

Já os defensores da tese contrária aduziam que a exigência do prévio requerimento administrativo violaria o preceito constitucional do livre acesso ao Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Ora, observa-se da mera leitura do dispositivo constitucional que o acesso a jurisdição é garantido quando ocorre, justamente, lesão ou ameaça à direito, o que só pode se dar se o segurado solicitou prestação à Autarquia Previdenciária e, por qualquer motivo, não a obteve.

Conforme explicitado no tópico anterior, a concessão administrativa de benefícios por incapacidade depende de provocação do segurado – não existe a figura da concessão ex officio –, de modo que, para configurar lesão ou ameaça a direito, é indispensável que haja requerimento administrativo, ainda que seja prescindível o exaurimento da questão na esfera administrativa.

A questão restou decidida, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, prevalecendo a tese de que é exigível o prévio requerimento administrativo para que se consubstancie o interesse de agir nas ações que visam a obtenção de benefício previdenciário. Confira-se, por oportuno, o inteiro teor do acórdão proferido no RE 631.240/MG, o qual pôs fim às discussões acerca do tema:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o

entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não

do interesse em agir. (RE 631240 / MG - MINAS GERAIS RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 03/09/2014 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

O acerto da decisão da Corte Suprema é evidente, porquanto somente por intermédio da manifestação da pretensão na via administrativa, com a efetiva apresentação ao Instituto Previdenciário da documentação comprobatória do cumprimento dos requisitos para a fruição do benefício, é dado ao ente conhecer do caso concreto, deferindo ou não o pedido do segurado.

Ademais, a ordem constitucional brasileira não admite que o Poder Judiciário substitua o Poder Executivo na efetiva execução das políticas públicas, sob pena de malferimento do princípio da separação de poderes consagrado no art. 2º da Constituição da República.

4. O INTERESSE DE AGIR E A OMISSÃO DO SEGURADO QUANTO AO PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE

Questão que subsiste, contudo, é aquela atinente à ausência de interesse de agir quando o segurado esteve em gozo de benefício por incapacidade temporária e este foi cessado por ausência do pedido de prorrogação previsto no § 9º do art. 60 da Lei nº 8.213/91, regulamentado pelo art. 78 do Decreto nº 3.048/99, *in verbis*:

Art. 60. (...)

§ 8º Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício.

§ 9º Na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8 deste artigo, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62 desta Lei.

Art. 78. O auxílio por incapacidade temporária cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela concessão de aposentadoria por incapacidade permanente ou, na hipótese de o evento causador da redução da capacidade laborativa ser o mesmo que gerou o auxílio por incapacidade temporária, pela concessão do auxílio acidentado.

§ 1º Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio por incapacidade temporária, judicial ou administrativo, deverá estabelecer o prazo estimado para a duração do benefício.

§ 2º Caso o prazo concedido para a recuperação se revele insuficiente, o segurado poderá solicitar a sua prorrogação, na forma estabelecida pelo INSS.

§ 3º A comunicação da concessão do auxílio por incapacidade temporária conterá as informações necessárias ao requerimento de sua prorrogação.

§ 4º Caso não seja estabelecido o prazo de que trata o § 1º, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio por incapacidade temporária, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação ao INSS, observado o disposto no art. 79.

§ 5º O segurado que se considerar capaz antes do prazo estabelecido pela Perícia Médica Federal no ato da concessão ou da prorrogação do auxílio por incapacidade temporária somente retornará ao trabalho após nova avaliação médico-pericial.

§ 6º O segurado poderá desistir do requerimento de prorrogação antes da realização do exame médico-pericial, hipótese em que o benefício será mantido até a data da sua desistência, desde que posterior à data de cessação estabelecida pela Perícia Médica Federal.

§ 7º O segurado que não concordar com o resultado da avaliação a que se refere o § 1º poderá apresentar, no prazo de trinta dias, recurso da decisão proferida pela Perícia Médica Federal perante o Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, cuja análise médico-pericial, se necessária, será feita por perito médico federal diverso daquele que tenha realizado o exame anterior.

Observa-se que, em casos tais, o segurado sabe de antemão qual a data fixada para a cessação de seu benefício, bem como conhece a incumbência de, subsistindo a incapacidade, deduzir pedido de prorrogação 15 (quinze) dias antes do termo aprazado. Assim, ao não solicitar a prorrogação de seu benefício no prazo legal, deixando de desincumbir-se de ônus que a legislação lhe impõe, o segurado dá causa à cessação de seu benefício.

A hipótese assemelha-se à ausência de requerimento administrativo, pois, à míngua de pedido de prorrogação, o INSS não tem como conhecer de ofício da persistência da incapacidade do segurado – é dizer, a prorrogação do benefício, assim como a sua concessão, depende de provocação do segurado –, de modo que há de ser reconhecida, também em situações tais, a ausência de interesse de agir.

Impende salientar que, malgrado o STF, no julgamento do supracitado RE 631.240/MG, tenha decidido que a necessidade de prévio requerimento não prevaleceria em caso de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, tal entendimento não mais se encontra em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, eis que, após o julgado, sobreveio a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.457, de 26/06/2017, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 767/2017, de 06/01/2017, precedida da Medida Provisória nº 739/2016, com o que os parágrafos do art. 60 da Lei nº 8.213/91 foram modificados, ficando assentada a obrigatoriedade de o próprio segurado requerer a prorrogação o benefício.

É de se observar, portanto, o *distinguishing*, neste ponto, mesmo porque o próprio RE 631.240/MG é claro ao dispor que o afastamento da necessidade de requerimento administrativo não cabe quando a pretensão depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da administração – o que ocorre, à toda evidência, quando há cessação de benefício por incapacidade temporário em razão de ausência de pedido de prorrogação, pois, em casos tais, a continuidade da inaptidão laboral não é comunicada à Autarquia Previdenciária, que fica impedida de atuar.

Nesse diapasão, o próprio Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento da lavra do Min. Fachin exarado em 16.6.2020 nos autos do RE 1.269.350, manteve a extinção do feito sem resolução de mérito, tendo em vista que, ao deixar de realizar o pedido de prorrogação na esfera administrativa, a autora não levou ao conhecimento do INSS a alegada permanência do quadro incapacitante – matéria fática essencial à análise do pleito de restabelecimento do auxílio-doença –, reconhecendo-se, portanto, a ausência de interesse de agir:

RE 1269350. Relator(a): Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 16.6.2020. Publicação: 18.6.2020 Decisão: “Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão da Segunda Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, em que **manteve a sentença que julgou o feito extinto sem resolução de mérito, tendo em vista que a autora não comprovou ter realizado**

pedido de prorrogação do benefício cujo restabelecimento é postulado, nem mesmo ter realizado novo pedido de concessão (eDOC 29, p. 1). No recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, aponta-se violações à Constituição da República. Nas razões recursais, sustenta-se, em suma, que (eDOC 33, p. 7-8): “Na hipótese em apreço, a matéria fática (incapacidade) era por demais conhecida pelo INSS (tanto que pagou à parte autora auxílio-doença de 01/04/2016 a 09/05/2016 - NB 31 / 617.575.972-2) quando da cessação do benefício (ou, pelo menos, deveria a autarquia previdenciária ter adotado providências para certificar-se de que o quadro incapacitante não havia cessado), não se enquadrando na exceção assentada pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com o STF, não há necessidade de formulação de novo requerimento administrativo, porquanto o que se pretende não é o deferimento de um benefício por incapacidade ab initio, mas, sim, a manutenção de um benefício por incapacidade que já existia, em virtude da continuidade do quadro incapacitante.” É o relatório. Decido. A irrisignação não merece prosperar. A matéria discutida nestes autos já foi objeto de análise por esta Corte. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 631240-RG, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 10.11.2014, no qual se discutiu a necessidade do prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário com vistas à concessão de benefício previdenciário, Tema 350 da sistemática da repercussão geral, dentre outras, fixou a seguinte tese: “A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.” Na espécie, ao apreciar o recurso inominado, o Colegiado de origem asseverou que (eDOC 29, p. 1-2): “Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de que a configuração do interesse de agir depende do prévio conhecimento da Administração acerca da matéria fática da qual depende a análise do pedido postulado na esfera judicial. Confira-se: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios

previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.(...) (RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014)(Grifei) (Grifo no original) **No caso, ao deixar de realizar o pedido de prorrogação na esfera administrativa, a autora não levou ao conhecimento do INSS a alegada permanência do quadro incapacitante - matéria fática essencial à análise do pleito de restabelecimento do auxílio-doença. Nesse contexto, não vejo outra conclusão senão reconhecer a ausência de interesse de agir do demandante quanto ao ponto, nos termos do entendimento sedimentado pelo STF.**” Sendo esses os fundamentos que embasam o acórdão, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem revela-se em consonância com a jurisprudência desta Corte. Ante o exposto, nego provimento ao recurso, nos termos do art. 932, IV, b, do Código de Processo Civil. Nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, majoro em ¼ (um quarto) os honorários fixados anteriormente, devendo ser observados os limites dos §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo e a suspensão da exigibilidade por ser a parte beneficiária da justiça gratuita. Publique-se. Brasília, 16 de junho de 2020. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente.

Corroborando o acerto da interpretação segundo a qual as alterações introduzidas na Lei nº 8.213/91 pela Lei nº 13.457/17 afiguram-se lúdicas, a

TNU, ao decidir o Tema 164, firmou a tese no sentido de que os benefícios concedidos, reativados ou prorrogados posteriormente à publicação da MP nº 767/2017, convertida na Lei nº 13.457/17, devem, nos termos da lei, ter a sua DCB fixada, sendo desnecessária, nesses casos, a realização de nova perícia para a cessação do benefício (Pedilef 0500774-49.2016.4.05.8305/PE).

Tem-se, destarte, que a ausência do pedido de prorrogação encerra a discussão acerca do benefício anteriormente concedido, eis que a parte requerente, ao não o solicitar na forma da lei, anui com a respectiva cessação. Assim, para que tenha direito a novo benefício, é imprescindível que deduza novo requerimento administrativo, sem o que carece de interesse de agir, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito, na forma da legislação processual civil vigente.

O entendimento, porém, não se encontra pacificado na jurisprudência, tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido recentemente, no AResp 1.734.777/SC, que à Autarquia é defeso cessar o benefício sem a realização de nova perícia médica, em face do disposto no art. 62 da Lei nº 8.213/91, segundo o qual 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, ficando o benefício mantido até a efetiva reabilitação.

A conclusão do Tribunal, com a devida vênia, causa espécie, pois a letra da lei é de clareza solar ao referir que o dispositivo se refere apenas aos casos de incapacidade permanente (“insuscetível de recuperação para a sua atividade habitual”), situação totalmente distinta dos benefícios por incapacidade temporária aos quais se refere o art. 60, §§ 8º e 9º, do mesmo diploma legal.

O acórdão foi publicado em dezembro de 2020 e o prazo para manifestação da Procuradoria Geral Federal encontra-se aberto, de modo que o deslinde do feito é, ainda, passível de discussão e modificação.

5. O INTERESSE DE AGIR E A OMISSÃO DO SEGURADO QUANTO À APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS OU AO COMPARECIMENTO À PERÍCIA ADMINISTRATIVA (INDEFERIMENTO FORÇADO)

Também relacionado ao julgamento do RE 631.240/MG e à questão na necessidade de prévio requerimento administrativo para configuração do interesse de agir é o chamado indeferimento forçado.

Com efeito, verifica-se o indeferimento forçado quando o segurado requer administrativamente o benefício sem apresentar os documentos solicitados pelo INSS para comprovar o preenchimento dos requisitos

para a respectiva concessão ou quando deixa de comparecer à perícia administrativa. Desta forma, a Autarquia fica impedida de conceder o benefício, independentemente de existir ou não o direito, já que não lhe é dado conhecer do caso concreto.

Novamente, é imperioso ressaltar que, para a concessão de benefício previdenciário, é imprescindível a provocação do interessado, por intermédio de requerimento administrativo. Além disso, ao segurado cabe o ônus de demonstrar administrativamente o implemento dos requisitos necessários à obtenção do benefício, seja apresentando a documentação comprobatória da qualidade de segurado e da carência, seja comparecendo à perícia administrativa munido dos relatórios e exames médicos que evidenciem sua situação de saúde.

Assim, no momento em que o segurado requer um benefício por incapacidade à Autarquia, mas não lhe apresenta os documentos que dão suporte às suas alegações, na forma da legislação de regência, ou deixa de comparecer à perícia designada para a aferição de sua incapacidade laboral, o indeferimento do benefício é causado pelo próprio segurado.

Não se pode arguir que o binômio utilidade-necessidade se encontra presente, quando a suposta lesão a direito do segurado – indeferimento do benefício – foi causada por ele próprio, bem como poderia ser resolvida administrativamente, com a apresentação dos documentos ou o comparecimento à perícia médica. Consequentemente, considerar que existe interesse de agir em casos tais afronta o princípio segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprium*.

Inclusive, o Ministro Roberto Barroso assim consignou, na apreciação de Embargos de Declaração no RE nº 631.240/MG, que a apresentação de novos documentos no âmbito judicial para lastrear pedido de benefício previdenciário exige retorno ao fluxo administrativo, com apresentação de novo requerimento:

Sobre a eventual diversidade de documentos juntados em processo administrativo e judicial, a regra geral é a que consta do voto condutor do acórdão embargado: será necessário prévio requerimento administrativo se o documento ausente no processo administrativo referir-se a matéria de fato que não tenha sido levada ao conhecimento da Administração. Eventuais exceções devem ser concretamente motivadas. Deve-se observar ainda o art. 317 do CPC/2015, segundo o qual “Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

É justamente a hipótese de não atendimento de carta de exigências emitida pelo INSS em que inexistem no processo administrativo

previdenciário elementos que atestem a existência do direito, bem como do não comparecimento à perícia médica, caso em que a incapacidade não é passível de apreciação pelo INSS, gerando a extinção do requerimento administrativo sem análise do mérito.

Não por outro motivo, o FONAJEF exarou o seguinte enunciado:

Enunciado 166 – *“A conclusão do processo administrativo por não comparecimento injustificado à perícia ou à entrevista rural equivale à falta de requerimento administrativo”*. (Aprovado no XII FONAJEF).

Conclui-se, desta forma, que o indeferimento do benefício na seara administrativa por responsabilidade exclusiva do requerente equivale à falta de requerimento administrativo, devendo eventual ação judicial ser extinta de modo terminativo, ante a falta de interesse de agir.

6. O INTERESSE DE AGIR E O SURGIMENTO DE DOENÇA SUPERVENIENTE

Recorrente nas ações judiciais que visam a obtenção de benefício por incapacidade é o caso em que o quadro clínico do segurado sofreu relevante alteração em relação à época do requerimento administrativo, apresentando enfermidade incapacitante diversa daquela apreciada em sede administrativa.

Em casos desse jaez, é cristalino que não houve qualquer mácula na decisão administrativa – à época da perícia médica administrativa, inexistia qualquer incapacidade –, de modo que, sobrevindo nova doença e, então, incapacidade laboral, ao segurado caberia efetuar um novo requerimento administrativo, a fim de que a Autarquia analisasse o novo quadro clínico, verificando se estão presentes os requisitos necessários à concessão do benefício.

Trata-se, à toda evidência, de fato superveniente, de modo que o interesse de agir configurar-se-á tão-somente se o mesmo for levado ao conhecimento do INSS, conforme entendimento sedimentado pelo e. STF já declinado na apreciação da hipótese de indeferimento forçado.

Nem poderia ser diferente, pois a discussão da legalidade de um ato administrativo deve ater-se àquilo que foi objeto de análise pela Administração. Se a doença incapacitante aferida pelo perito judicial não foi levada ao conhecimento da perícia administrativa, seja por não existir, seja porque não alegada pelo segurado – afinal, há doenças que não se evidenciam no mero exame clínico –, forçoso reconhecer que não há pretensão resistida, o que importa a ausência de interesse processual da parte autora.

Importa consignar que, sobrevindo incapacidade posterior ao pedido administrativo indeferido, nada obsta que o segurado deduza novo requerimento administrativo, não havendo que se falar em interesse de agir, porquanto, novamente, não está presente o binômio utilidade-necessidade, tampouco a adequação.

Destarte, a alteração da situação fática anterior, sem que o interessado tenha instado a Administração a manifestar-se sobre ele, impede o julgamento de mérito de ação eventualmente ajuizada a esse respeito, restando configurada a falta de interesse de agir, já que o novo quadro de saúde do segurado não foi levado ao conhecimento da Autarquia e não houve negativa administrativa em relação à situação fática deduzida em Juízo.

CONCLUSÃO

A provocação e a participação do interessado, mediante interposição de requerimento administrativo, entrega de documentação que comprove a presença dos requisitos de qualidade de segurado, carência e incapacidade e o seu comparecimento à perícia médica administrativa munido dos relatórios e exames médicos que demonstrem sua situação de saúde consistem em *conditio sine qua non* para a concessão de benefício previdenciário por incapacidade.

Isso porque, à míngua de requerimento administrativo e entrega da documentação respectiva, o Instituto Nacional do Seguro Social não terá ciência da intenção do segurado de receber o benefício, tampouco possuirá meios de aferir a presença dos requisitos previstos na legislação de regência para a respectiva concessão.

Da mesma forma, o não comparecimento do segurado à perícia médica administrativa – bem como o comparecimento quando não há doença ou incapacidade, seguido de omissão em provocar a Administração após o advento da incapacidade – impede que a Autarquia Previdenciária examine o quadro de saúde do interessado a fim de avaliar se o mesmo é incapacitante.

Conclui-se, assim, que a omissão do segurado, quando a sua participação ativa é essencial para a concessão de benefício previdenciário por incapacidade, dá causa à não apreciação do mérito do pedido pelo Instituto Nacional do Seguro Social ou ao seu indeferimento.

Verificada esta omissão, portanto, não se vislumbra, em casos tais, a presença de interesse de agir para o ajuizamento e julgamento de mérito da ação judicial que visa a obtenção de benefício por incapacidade, uma vez que o bem da vida pretendido pelo autor pode ser obtido na própria

via administrativa, desde que o interessado o requeira junto à Autarquia, cumprindo os ônus que lhe impõe a legislação previdenciária vigente.

REFERÊNCIAS

GREGORIUS, Eugênia Amábilis e BONFIGLIO, Stefani Urnau. *As condições da ação à luz da teoria da asserção*. Revista Destaques Acadêmicos, Ano 3, n. 2, 2011. CCHJ/UNIVATES.

LAGE, Moisés Pereira. A supressão (ou não) das condições da ação no Novo Código de Processo Civil e suas eventuais consequências. *Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*: Rio de Janeiro, 2016. In https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/MoisesPereiraLage.pdf

RAMALHO, Maria Isabel. *Legitimidade para agir*. Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 2007. In <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040513.pdf>

O LAUDO PERICIAL JUDICIAL EM MATÉRIA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE

JUDICIAL EXPERT REPORT ON INCAPACITY BENEFIT

Elias Augusto Reinaldin

Procurador Federal. Integrante da Equipe de Trabalho Remoto de Benefício por incapacidade do Estado do Paraná (ETR-BI/PR).

Vivian Caroline Castellano

Especialista em Direito Civil, Procuradora Federal, responsável pela Coordenação Nacional das Equipes de Trabalho Remoto em Benefício por incapacidade

SUMÁRIO: Introdução; 1. Elementos do Laudo Pericial Judicial; 2. Questões observadas na prática das lides envolvendo perícia judicial e benefícios por incapacidade; 2.1. O laudo híbrido; 2.2. O laudo pericial judicial e a nomeação de médico especialista; 3. As Decisões judiciais que desconsideram as conclusões técnicas do laudo pericial sem a devida fundamentação e os seus impactos negativos; Conclusão; Bibliografia.

RESUMO: Este artigo trata sobre o laudo pericial judicial em ações previdenciárias que versam sobre benefício por incapacidade, seus elementos essenciais e o seu reflexo como meio de prova para definição de situações de incapacidade laboral que poderão acarretar a concessão dos benefícios por incapacidade e a inclusão de um segurado em programa de reabilitação profissional. O que se procura explicar é o que o laudo precisa conter para que efetivamente sirva como prova no processo judicial desta natureza. O chamado laudo híbrido e a necessidade de nomeação de perito especialista na doença também serão objeto de análise. Será abordado, ainda, qual o impacto das decisões judiciais que desconsideram a conclusão do laudo pericial judicial sem a fundamentação adequada. Assim, para que o laudo judicial pericial atinja os objetivos a que se propõe, deve seguir um roteiro coeso e bem fundamentado no que se refere aos aspectos médicos e em cotejo com a efetiva atividade laboral do segurado, viabilizando a instrução processual consistente e um julgamento que se aproxime ao máximo da verdade real no que se refere à condição física do autor.

PALAVRAS-CHAVE: Laudo Pericial Judicial. Benefícios por Incapacidade. Prova Técnica. Requisitos Indispensáveis. Fundamentação.

ABSTRACT: This article deals with the judicial expert's report on social security actions that deal with incapacity benefits, its essential elements and its reflection as a means of proof for the definition of situations of work incapacity that may lead to the granting of incapacity benefits and the inclusion of the worker in a professional rehabilitation program. What is sought to explain is what the report needs to contain for it to effectively serve as evidence in the judicial process of this nature. It will also be addressed what is the impact of the judicial decisions that disregard the conclusion of the judicial expert report without the proper reasoning. Thus, the expert judicial report, in order to achieve the objectives it proposes, must follow a cohesive and well-grounded script with regard to the medical aspects and in comparison with the effective work activity of the insured, enabling consistent procedural instruction and a judgment that comes as close as possible to the real truth considering the physical condition of the author.

KEYWORDS: Court Expert Report. Incapacity Benefits. Technical Evidence. Indispensable Requirements. Reasoning

INTRODUÇÃO

O laudo pericial é elaborado pelo perito de confiança do juízo com o objetivo de tecer considerações técnicas sobre determinado ponto controvertido nos autos. O perito é nomeado pelo juiz, mas os ônus dos seus honorários são arcados pela parte vencida. A perícia judicial pode versar sobre questões técnicas diversas, desde cálculos até aspectos relacionados a acidente de carros, análise grafotécnica, etc. O presente artigo abordará os parâmetros jurídicos processuais que devem estar presentes nos laudos decorrentes de perícia judicial realizada em processos previdenciários de benefícios por incapacidade.

1. O LAUDO PERICIAL JUDICIAL NAS AÇÕES QUE VERSAM SOBRE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE E SEUS ELEMENTOS ESSENCIAIS

A demanda previdenciária surge como instrumento utilizado pelo cidadão para questionar judicialmente o ato administrativo praticado pelo INSS após concluir a análise de um requerimento administrativo de benefício.

Não estando satisfeito com a solução administrativa que foi dada, o cidadão, que passa a ser denominado autor (requerente) ingressa com ação judicial em face do INSS, que passa a ser denominado réu (requerido) para obter a revisão da decisão proferida na seara administrativa.

Ocorre que nas ações que tem como causa de pedir a concessão de um benefício por incapacidade, benefício assistencial ou pedido de enquadramento de atividade como especial, a decisão administrativa que se pretende revisar judicialmente está embasada em um elemento técnico – perícia médica administrativa – e o magistrado, não detendo conhecimentos técnicos nesta área, precisará de uma opinião técnica imparcial sobre a questão.

É neste cenário, com a finalidade de suprir o desconhecimento técnico do Juiz acerca de questões não jurídicas, que surge a prova técnica a ser realizada por médicos peritos.

O Código de Processo Civil traz a disciplina sobre a prova pericial a ser designada pelo Juiz, que atua na atuação da presidência dos atos processuais, sendo que autor e réu poderão indicar assistentes técnicos que atuarão de modo a analisar a prova técnica produzida e prestarão assistência às partes que os indicaram, respectivamente.

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

[...]

Art. 465. *O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo.*

§ 1º Incumbe às partes, dentro de 15 (quinze) dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito:

[...]

II - Indicar assistente técnico;(Grifo nosso)

A evolução da perícia médica se fez notar a partir da Resolução CFM no 1.634/02, que celebra o convênio de reconhecimento de especialidades médicas firmado entre o CFM, a Associação Médica Brasileira (AMB) e a Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM). A perícia médica faz parte do rol de especialidades reconhecidas pelo CFM, conforme normatização evolutiva que foi veiculada nas resoluções CFM n. 1.666/03, n. 1.763/05, n. 1.785/06, e, finalmente, pela Resolução n. 1973/2011. Assim, embora seja permitido aos médicos em geral a atuação em perícias, não mais poderão se anunciar como médicos peritos caso não sejam detentores do Título de Especialista, emitido para Associação Brasileira de Medicina Legal e Perícias Médicas.

A perícia ou perícia técnica é um procedimento técnico-científico realizado por um profissional ou técnico com conhecimentos específicos no tema e que se destina a informar ou esclarecer uma autoridade leiga na matéria para que esta possa tomar uma decisão sobre o tema¹.

Quando a autoridade a ser esclarecida é um juiz/magistrado e isso se dá dentro de um processo judicial, estamos diante de uma perícia judicial que acarretará a emissão de um laudo pericial judicial e, sendo de natureza médica a matéria a ser esclarecida, estamos diante de uma perícia médica judicial.

De acordo com o Dicionário Aurélio, perícia significa “Sabedoria, prática, experiência, habilidade em alguma ciência ou arte”.

O responsável por emitir o laudo pericial judicial em uma perícia médica judicial será um profissional médico que realizará exame de natureza médica em um processo judicial, sendo que este processo normalmente versa sobre matéria previdenciária, medicamentos e seguro, sendo a primeira a mais recorrente.

Neste sentido, vale esclarecer que o perito judicial deverá estar a par da legislação que envolve a matéria.

1 Curso de Perícia Judicial Previdenciária, p. 141

Um ponto muito importante a ser destacado quanto à prova pericial é compreender que o perito não é médico assistente e o periciando não é paciente, portanto, todo ato pericial deverá se pautar por critérios objetivos, unicamente voltados a concluir quanto à presença ou não de incapacidade laboral.

O laudo pericial judicial em ações que versam sobre benefício por incapacidade deverá ostentar elementos essenciais, sem os quais carecerá de robustez para ser utilizado como prova técnica e, neste sentido, destacamos²: i) identificação segura do examinado, mediante apresentação de documento de identificação original e legível, com foto que permita a perfeita identificação; ii) descrição da profissão/atividade laborativa do periciando, exigindo documentos comprobatórios como CTPS, CNH, entre outros, com descrição minuciosa das atividades exercidas pelo autor, não bastando a mera transcrição da declaração genérica prestada pelo periciando; iii) fixação precisa e fundamentada das datas técnicas DID, DII, DCB³; iv) histórico clínico e ocupacional (o que aconteceu, quando, evolução da doença, tratamentos empregados); v) análise da profissiografia do periciando, com questionamentos sobre quais atividades já exerceu, qual a atividade atual, destacando aqui que não basta a referência genérica à função, mas sim a descrição minuciosa da mímica do trabalho exercido, em qual local o exerce, por quanto tempo permanece em cada posição, entre outros detalhes relacionados à atividade laboral; vi) descrição do exame físico, devendo ser avaliada a condição geral do periciando, com exames objetivos e registro dos resultados obtidos; vii) diagnóstico clínico, com foco no diagnóstico da incapacidade, mais do que na etiologia da doença em si, já que o perito não busca e não propõe o tratamento da moléstia, e sim analisar se a mesma causa ou não incapacidade laboral; viii) diagnóstico da incapacidade, determinando se há ou não incapacidade, se a mesma é temporária ou definitiva, parcial ou total; ix) considerações finais do perito para que faça constar eventuais observações adicionais;

Somente um laudo pericial bem fundamentado e que apresente os elementos acima descritos poderá ser considerado meio de prova em um processo judicial.

Após a realização do ato pericial, o perito deverá emitir uma conclusão que, em resumo, poderá ser: i) capaz, quando o periciado está apto ao seu trabalho habitual; ii) incapaz, quando não está apto ao seu trabalho habitual e, neste caso, poderá ser incapacidade permanente,

2 Curso de Perícia Judicial Previdenciária, p.165-167

3 DIB: data de início do benefício; DER: data de entrada do requerimento; DUA: data da última atividade; DID: Data de início da doença; DII: data de início da incapacidade; DCB: data da cessação do benefício; CID: Código internacional da doença

quando não há previsão quanto à recuperação da capacidade, ou então, incapacidade temporária, quando há previsão de recuperação da capacidade em determinado período de tempo.

Existe, ainda, a conclusão pericial que reconhece a incapacidade parcial, ou seja, o segurado está apto para exercer algumas atividades e outras não, cabendo ao Programa de Reabilitação profissional do INSS realizar análise de profissiografia e do potencial laborativo residual para fins de avaliação e elegibilidade do segurado para o cumprimento do referido programa. A reabilitação profissional é desnecessária se segurado, ainda que apresente alguma limitação funcional, estiver apto para exercer atividades para as quais detém habilitação ou conhecimento técnico. Assim, uma pessoa que detém limitação funcional permanente e não está apta a carregar peso, mas que exerce atividades administrativas e já detém conhecimento técnico para exercê-las, não necessita da reabilitação profissional.

Por fim, a conclusão poderá refletir a existência de redução da capacidade laboral em razão de seqüela decorrente de acidente (de trabalho/de qualquer natureza), sendo que nesta hipótese deverá analisar a redução da capacidade específica, ou seja, se o segurado apresenta maior dificuldade ou dispense maior esforço para exercer a função que exercia na época do acidente.

Outro aspecto muito importante na elaboração do laudo pericial diz respeito às datas técnicas, quais sejam, data de início da doença (DID), data de início da incapacidade (DII) e data da previsão de cessação da incapacidade, quando for este o caso (DCB). Sobre este tema, é importante que se diga que cabe ao perito avaliar os documentos médicos e solicitar tantos quanto forem suficientes para fixar de maneira precisa o momento inicial da doença e da incapacidade, já que estes momentos são cruciais para verificação de preenchimento de outros requisitos legais, tais como, condição de segurado e adimplemento da carência.

A título de ilustração, pode-se mencionar que a data de início da doença deverá ser muito bem definida nos casos em que há a constatação de doença grave e hipótese de isenção de carência, conforme dispõe o artigo 26, inc. II da Lei 8.213/91. Nesses casos, o legislador referiu-se à doença e não à incapacidade, no sentido de que a simples existência da doença grave é pressuposto da incapacidade superveniente, portanto, seguindo este raciocínio, não será admitida a possibilidade de isenção de carência quando a parte tiver ingressado no RGPS já portadora da doença⁴. Importa

4 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 afeições

aqui destacar que o segurado que vinha realizando suas contribuições e for surpreendido com o surgimento da doença grave, poderá ter reconhecida a isenção de carência, entretanto, o sistema não poderá acolher da mesma forma aquele indivíduo que, estando fora do sistema previdenciário, ao receber o diagnóstico de doença grave, passe a verter contribuições com o objetivo de receber o benefício por incapacidade com isenção de carência.

Já com relação à data de início da incapacidade (DII) é preciso observar que o perito judicial precisará estar atento para o efetivo início da incapacidade e isto poderá exigir análise de documentação mais abrangente, tais como prontuários completos desde as primeiras consultas, entre outros. Além dos documentos trazidos pelo segurado, é preciso que se identifique o efetivo início do estado de incapacidade, que muitas vezes é muito anterior ao que está sendo descrito pelo autor. A fixação adequada da DII é imprescindível para que se verifique se há qualidade de segurado neste momento, já que o sistema previdenciário brasileiro, contributivo por natureza, não tolera o ingresso de pessoas que já estão incapazes e iniciam suas contribuições com o objetivo de receber o benefício por incapacidade.

Já a data da cessação do benefício (DCB) nada mais é que o prazo que o perito indica, com base em critérios médicos, como sendo aquele que se espera a recuperação da capacidade. Esse prazo, por óbvio, não é informado nos casos em que a incapacidade seja permanente, total ou parcial.

2. QUESTÕES OBSERVADAS NA PRÁTICA DAS LIDES ENVOLVENDO PERÍCIA JUDICIAL E BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

2.1. O LAUDO HÍBRIDO.

O hibridismo, no sentido figurado, representa algo formado por elementos diferentes, distintos entre si. É neste contexto que surge dentro de uma lide previdenciária a noção do laudo híbrido, pois a existência decorre da simbiose entre elementos do laudo judicial e elementos do laudo administrativo. O fundamento utilizado é o princípio da livre convicção motivada do juízo que ao proferir sentença ou acórdão, cria um laudo, híbrido, pois utiliza alguns elementos do laudo judicial e outros elementos do laudo administrativo.

É o que ocorre, por exemplo, quando se acolhe o laudo pericial quanto à existência de incapacidade, mas utiliza datas técnicas (DID e

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;

DII) adotadas no laudo pericial administrativo. A conclusão essencial destes laudos é distinta, por isso que gerou a demanda judicial, portanto, não se pode mesclar elementos destes laudos, sob pena de gerar uma situação de surpresa para as partes. Defende-se que o Juízo oportunize o contraditório antes da sentença, bem como, que apresente quesitação específica ao perito para esclarecer o laudo judicial, que passa a ser a prova técnica norteadora do processo.

2.2. O LAUDO PERICIAL JUDICIAL E A NOMEAÇÃO DE MÉDICO ESPECIALISTA

Como regra geral não é necessária a indicação de médico especialista na doença diagnosticada para realizar o ato pericial em juízo, isto porque o perito não prescreve tratamento e, portanto, não é relevante que seja especialista em determinada área.

A função do perito é examinar o periciando e emitir conclusão técnica sobre a existência ou não de capacidade para o exercício das atividades laborais. Vários elementos são essenciais para formação desta conclusão, como por exemplo, a mímica da atividade laboral, ou seja, captar qual é efetivamente a demanda física para determinada atividade, bem como, o estado geral do indivíduo, quais os tratamentos que vem sendo realizados pelo periciando, quais as doses da medicação que toma, qual a frequência das consultas médicas e exames, etc.

O que se defende, no entanto, é que a perícia seja realizada por médico especialista em perícia médica ou, ainda, por médico do trabalho, já que estas especialidades atuarão de forma técnica e precisa no que se refere à avaliação da presença ou não da chamada incapacidade laboral.

A propósito, segue informação colhida nos autos no. 503246513.2019.404.7000, de 15/12/2019, da Vara Federal dos Juizados Especiais Federais de Curitiba (PR), da lavra do Dr. Médico Perito Flávio Yoshioka, sobre o tema.

Na área médica todo o profissional médico pode atuar nas diversas áreas da medicina. Isto é, um clínico geral, achando-se apto a realizar uma cirurgia ortopédica, pode realizar tal procedimento. Contudo, assume os riscos inerentes ao ato realizado.

Observa-se que a “Perícia Médica” é uma especialidade médica reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina desde o ano de 2011 (Resolução CFM Nº 1.973/2011). A criação da especialidade em “Perícias Médicas” ocorreu devido a grande necessidade de médicos

para a realização de perícias (judiciais, administrativas ou privadas) e a dificuldade de se encontrar profissionais capacitados para atuarem como “peritos”, independentemente de sua especialidade ou área de atuação. Assim, o especialista em Perícia Médica, atualmente, é o profissional mais habilitado a realizar o ato pericial, conforme rege o Art. 465, do Novo Código de Processo Civil.

Para atuar como perito o profissional necessita compreender a grande diferença entre o médico assistente (o que atende e trata o paciente) e o médico perito (o que analisa os documentos, a história clínica, o exame físico, os critérios legais e determina a presença ou não de incapacidade,nexo causal,nexo concausal, entre outros). O perito, diferentemente do assistente médico, não objetiva, sobretudo, a melhora do periciado, sendo esta de incumbência do assistente médico. O perito busca, sim, como no caso em tela, de forma técnica, a verificação ou não da incapacidade para o trabalho. Ressalta-se que a existência de uma doença e a necessidade do seu tratamento médico NÃO, necessariamente, estão vinculadas a existência de incapacidade. É perfeitamente possível que um tratamento médico exista concomitantemente a realização da atividade profissional.

Segundo o CREMESP, o médico perito, para a elaboração do seu parecer técnico, não fica adstrito aos pareceres dos médicos assistentes do Autor. Veja.

“(…) 21/11/2005 Resol. Cremesp nº 126 (17/10). Dispõe sobre a realização de PERÍCIA MÉDICA e dá outras providências (...) Art. 3º - Na formação de sua opinião técnica, o médico investido na função de perito não fica restrito aos relatórios elaborados pelo médico assistente do periciando. Deverá, todavia, abster-se de emitir juízo de valor acerca de conduta médica do colega, incluindo diagnósticos e procedimentos terapêuticos realizados ou indicados, na presença do periciando, devendo registrá-la no laudo ou relatório. Parágrafo Único - O médico, na função de perito, deve respeitar a liberdade e independência de atuação dos profissionais de saúde sem, todavia, permitir a invasão de competência da sua atividade, não se obrigando a acatar sugestões ou recomendações sobre a matéria em discussão no processo judicial ou procedimento administrativo. (...)”

Além disso, no contexto de restrição orçamentária para pagamento das perícias judiciais, tem-se que a realização de uma única perícia por

processo judicial é medida que se impõe. É comum que o requerente mencione na petição inicial mais de uma doença incapacitante e a nomeação de um único médico especializado em perícias médicas será suficiente para avaliar o periciado de forma global e não com enfoque na doença que alega ter. Em um passado não tão remoto era comum que um único processo judicial contasse com dois laudos periciais, um emitido por médico ortopedista e o outro por médico psiquiatra.

Felizmente constatou-se que este modelo não se sustentaria e a Lei n. 13.876/2019 trouxe previsão expressa no sentido de cada processo judicial conte com uma perícia médica:

Art. 1º O pagamento dos honorários periciais referentes às perícias já realizadas e às que venham a ser realizadas em até 2 (dois) anos após a data de publicação desta Lei, nas ações em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) figure como parte e que sejam de competência da Justiça Federal, e que ainda não tenham sido pagos, será garantido pelo Poder Executivo federal ao respectivo tribunal.

§ 1º Aplica-se o disposto no caput deste artigo aos processos que tramitam na Justiça Estadual, no exercício da competência delegada pela Justiça Federal.

§ 2º Ato conjunto do Conselho da Justiça Federal e do Ministério da Economia fixará os valores dos honorários periciais e os procedimentos necessários ao cumprimento do disposto neste artigo.

§ 3º A partir de 2020 e no prazo de até 2 (dois) anos após a data de publicação desta Lei, o Poder Executivo federal garantirá o pagamento dos honorários periciais referentes a 1 (uma) perícia médica por processo judicial.

§ 4º Excepcionalmente, e caso determinado por instâncias superiores do Poder Judiciário, outra perícia poderá ser realizada nos termos do § 3º deste artigo.

O contexto legal e fático exige uma utilização racional dos recursos voltados ao pagamento das perícias e, neste sentido, o ato pericial deverá ser aproveitado da melhor maneira possível, considerando que será único.

O médico especialista pode ser o que mais conhece as particularidades daquela doença e quais os melhores tratamentos a serem empregados, no entanto, não é isso que se espera de uma perícia judicial.

O médico assistente normalmente é especialista na doença apresentada pelo autor, já que inclusive coordena o tratamento, mas o médico perito não precisa ser especialista na doença, pois o ato médico que realiza tem como objetivo avaliar se existe ou não incapacidade.

Vale reforçar que o que se defende não é que o médico perito não detenha especialidade, mas sim, que seja especialista em perícia médica.

Neste sentido, foram emitidos Enunciados importantes pelo FONAJEF:

Enunciado n.º 55 - Em virtude da Lei n.º 13876, de 20/09/2019, cujo parágrafo 3º, do art. 1º, prevê o pagamento de apenas uma perícia médica por processo judicial, não deverá ser nomeado médico perito por especialidades.

Enunciado n.º 56 - Em virtude da Lei n.º 13876, de 20/09/2019, cujo parágrafo 3º, do art. 1º, prevê o pagamento de apenas uma perícia médica por processo judicial, preferencialmente será credenciado perito médico capaz de avaliar a parte globalmente à luz de sua profissiografia, de modo que seja conclusivo acerca da (in)capacidade da parte.

Enunciado n.º 57 - Em consonância com o Enunciado n.º 103 do FONAJEF e o disposto no parágrafo 4º, do art. 1º da Lei n.º 13.876/2019, caberá à Instância Superior, baixando o processo em diligência, determinar a realização de uma segunda perícia médica para posterior julgamento do recurso pendente.

Portanto, é desnecessária a indicação de médico especialista na doença diagnosticada para realizar o ato pericial em juízo, já que a qualidade da perícia judicial em matéria de benefícios por incapacidade depende da presença dos elementos técnicos mencionados no capítulo anterior. Ou seja, a perícia médica judicial será considerada consistente se o perito detiver conhecimentos para a realização do ato pericial voltado para aferição da presença de (in) capacidade laboral, o que não poderá ser garantido se o perito detiver conhecimentos específicos acerca da doença do periciado, mas não detiver conhecimentos relacionados à técnica pericial.

3. AS DECISÕES JUDICIAIS QUE DESCONSIDERAM AS CONCLUSÕES TÉCNICAS DO LAUDO PERICIAL SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO E OS SEUS IMPACTOS NEGATIVOS

Já vimos que nas ações que versam sobre benefícios por incapacidade, o laudo pericial é uma prova técnica a ser realizada por médicos peritos

para aferição da presença de (in) capacidade laboral e tem a finalidade de suprir o desconhecimento técnico do juiz acerca de questões não jurídicas.

Um grave problema surge quando o juiz desconsidera as conclusões técnicas emanadas pelo perito e profere decisão judicial sem a devida fundamentação, ou seja, a conclusão da prova técnica é afastada, sem que sejam apresentados outros fundamentos técnicos robustos, entrando em cena a excessiva valorização das condições pessoais e sociais do periciado.

Parece bastante coerente imaginar que, após a realização do ato pericial judicial, se o periciado é considerado CAPAZ para exercer suas atividades habituais, o pedido de concessão de benefício por incapacidade deve ser julgado improcedente, já que o elemento determinante – incapacidade – não está presente. Entretanto, não é o que se verifica na prática, pois há casos em que o laudo é afastado sob o fundamento simplista de que o Juiz não está adstrito ao laudo e pode exercer seu livre convencimento, socorrendo-se do disposto nos artigos 371 e 479 do CPC⁵.

Os referidos textos legais preconizam que eventual desconsideração das conclusões do laudo pericial está atrelada à exposição clara dos motivos que levaram a isso, ou seja, não basta dizer que o juízo não está adstrito ao laudo, isso porque a necessidade de fundamentação das decisões judiciais está prevista no artigo 93, IX da Constituição Federal como pressuposto de sua validade⁶ e o artigo 489, § 1º do CPC estabelece critérios que precisam ser observados pelo julgador para que a decisão seja considerada fundamentada⁷.

5 Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

6 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

7 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - Se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - Empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - Invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (Grifo nosso)

V - Se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

Nada justifica a concessão de um benefício por incapacidade quando não existe incapacidade, mas, na prática, não é tão raro se deparar com situações como essa, conforme trecho extraído da sentença proferida nos autos n. 5026925-81.2019.4.04.7000 da 22ª Vara Federal de Curitiba:

O autor é mecânico, tem 63 anos e alega não ser capaz para trabalhar por apresentar problemas ortopédicos (INIC1, evento 1).

Constatou-se da perícia médica judicial com Ortopedista que a parte autora apresenta M54.5 - Dor lombar baixa, porém, tal moléstia não lhe incapacita para o exercício de suas atividades habituais (evento 15).

Ressalto o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, também adotado pelas Turmas Recursais do Estado do Paraná, de que *nas ações em que se objetiva auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez o julgador firma seu convencimento, via de regra, com base na prova pericial* (AC n. 0008009-21.2013.404.9999, 5ª Turma, Relator Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 23.08.2013).

Todavia, o juiz não está adstrito ao laudo médico pericial, de acordo com os artigos 371 e 479 do Código de Processo Civil abaixo transcritos:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar **ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.** (Grifo nosso)

Saliento que a incapacidade para o desempenho de uma atividade profissional deve ser avaliada sob os pontos de vista médico e social, mediante análise das condições socioeconômicas do segurado.(...) *A análise da incapacidade para o trabalho deve levar em conta não apenas a limitação de saúde da pessoa, mas igualmente a limitação imposta pela sua história de vida e pelo seu universo social* (TNU, PU 2008.38.00.723267-2, DJ 11.06.2010).(Grifo nosso)

VI - Deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento

Em verdade, tratando-se de um benefício previdenciário que tem como requisito essencial a presença da incapacidade laboral, a completa ausência da incapacidade atestada pelo perito judicial retira do julgador a possibilidade de fazer análise das condições socioeconômicas do segurado. Essa análise é própria dos benefícios assistenciais, ou então, segundo entendimento da TNU, existindo um atestado de incapacidade parcial, caberia ao julgador avaliar se as condições pessoais justificam a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez (benefício por incapacidade permanente) ao invés do auxílio-doença (benefício por incapacidade temporária)⁸, mas repita-se, deve existir para tanto alguma incapacidade.

É preciso destacar que quando o laudo pericial é desconsiderado pelo juízo sem que seja lançada uma fundamentação consistente e técnica, cria-se um cenário de incerteza jurídica, gerando a desconfiança das partes em relação à prova técnica e isso, em certa medida, desfavorece o ambiente para a conciliação, já que o próprio INSS ao formular uma proposta de acordo em ações dessa natureza se pauta pela conclusão da perícia judicial.

E não é só isso, já que a desconsideração do laudo pericial que atesta a capacidade do periciando e a concessão do benefício (indevido) é um forte estímulo à judicialização e à interposição excessiva de recursos, que conjugado com a ausência de ônus financeiros para o autor da ação decorrente da assistência judiciária gratuita aplicada indiscriminadamente, são elementos importantes a serem considerados quando se fala na necessidade de soluções voltadas à desjudicialização.

A solução passa por reconhecer que isso ocorre e como são negativos os impactos gerados pela desconsideração do laudo técnico produzido, o que, infelizmente, não foi retratado no relatório final da pesquisa realizada pelo INSPER, a pedido do CNJ, sobre a judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais, conforme trecho a seguir: *“A maior variação de engajamento do juiz na análise parece ocorrer quando o resultado da perícia é pela “incapacidade parcial”, e não identificamos decisões em que juízes rejeitam laudos periciais que concluem não haver qualquer incapacidade”*⁹. Como vimos, essas decisões existem e não são raras.

Não se está a defender que um laudo pericial carente de fundamentação técnica adequada não possa ser afastado pelo Juízo, na

⁸ Súmula 47, da TNU, segundo a qual “uma vez reconhecida a incapacidade parcial para trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez”.

⁹ Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER). A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Relatorio-Final-INSPER_2020-10-09.pdf, p. 101.

verdade, o laudo de má qualidade deve ser afastado e produzido outro em seu lugar, todavia, se a perícia realizada não apresenta qualquer vício capaz de invalidá-la, não é razoável que suas conclusões técnicas sejam substituídas por elementos que se distanciam da legalidade e tecnicidade.

Felizmente, também há decisões judiciais que se pautam pela prova pericial produzida, valorizando as conclusões técnicas e garantindo uma coerência intraprocessual, conforme voto exarado pelo Juiz Federal Leonardo Castanho Mendes, nos autos n. 5000206-66.2019.4.04.7031 da 2ª Turma Recursal do Paraná:

Assim, não foi constatada a permanência do quadro incapacitante após a cessação do benefício. Mesmo que as moléstias apresentadas na perícia realizada nos autos n° 5006896-10.2019.4.04.7000, que atestou a incapacidade, sejam as mesmas, o quadro incapacitante não persiste mais.

Em matéria técnica, como é a incapacidade, prevalecem em princípio as conclusões do perito judicial, exceto se constante vício no laudo, situação que não se faz presente.

É certo que o artigo 479 do NCPC assevera que ao juiz é possível formar seu convencimento com base em outros elementos de prova constante dos autos, não estando adstrito ao laudo pericial. Entrementes, no feito em epígrafe, não há porque desconsiderar as conclusões técnicas, coesas e imparciais do perito de confiança do juízo, que examinou a doença do recorrente à luz das atividades laborais exercidas e constatou ser possível a sua realização.

Nem se diga que seria necessário o exame das condições pessoais do segurado. Esse exame só se revela possível quando, a despeito da afirmação da existência de restrições à atividade laborativa, seja a conclusão do laudo pela ausência de incapacidade. Nessa hipótese, deverá o julgador verificar se as restrições informadas pelo laudo são de fato compatíveis com a atividade desenvolvida e com as condições pessoais do segurado (idade, escolaridade, experiência profissional). Constando, entretanto, do laudo que não há restrições à atividade laborativa, dispensável o exame dessas condições pessoais, porque quaisquer que sejam elas não haverá campo propício à concessão do benefício, já que não vislumbrada nenhuma restrição ao exercício de atividade laborativa.

Nesse sentido, a Súmula 77 da TNU:

O julgador não é obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual. (Grifo de quem?)

Dessa forma, dou provimento ao recurso do INSS para julgar improcedente o pedido.

Defende-se, por fim, que a prova pericial, elaborada de acordo com os requisitos mencionados no item 1, não pode ser considerada elemento meramente acessório do Juízo, mas sim, no que se refere aos aspectos técnicos do ato médico-pericial, deve nortear a decisão judicial a ser proferida das ações que versam sobre benefícios por incapacidade.

CONCLUSÃO

A perícia judicial nas ações que versam sobre benefícios por incapacidade tem como papel principal a aferição da (in) capacidade laboral do segurado em juízo de forma imparcial e isenta. Os contornos dessa atuação precisam primar pela técnica auxiliada pela documentação juntada. A sua importância probatória é a peça-chave do processo e será o embasamento da sentença, que adentrará nas questões jurídicas, revelando o resultado da demanda. Espera-se que elementos subjetivos não sejam mais importantes do que o que foi colhido nos autos, pois toda a fase de instrução existe justamente para encaminhar a solução da lide para a prolação de uma sentença que homenageie um resultado a que técnica já adiantou. Para isso, a perícia judicial deve ser robusta e contar com elementos técnicos bem definidos, que permitam ao leigo analisar o laudo e compreender a sua conclusão.

Outrossim, como se sabe, o INSS também tem a perícia como norte primordial de sua proposta de acordo na ação judicial. Se a perícia não tivesse a importância de nortear a questão clínica para o esclarecimento do leigo no processo para resultar em elemento de convicção para o acordo, tais propostas não existiriam. Ou seja, se a perícia fosse elemento acessório, passível de ser afastado sem a fundamentação adequada, não haveria segurança jurídica para a apresentação das propostas de acordo.

A perícia judicial, quando bem fundamentada e pautada em elementos técnicos, deve ser valorizada como ponto central da solução do litígio envolvendo a concessão do benefício por incapacidade.

REFERÊNCIAS

Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER). *A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais/Instituto de Ensino e Pesquisa*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Relatorio-Final-INSPER_2020-10-09.pdf

SAVARIS, José Antônio (coord.). *Curso de Perícia Judicial Previdenciária: noções elementares para a comunidade médico-jurídica*. 3ª Edição, Curitiba, Alteridade Editora, 2018.

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

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

Rebeca Santa Cruz

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

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

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

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

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

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

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na oportunidade, a TNU firmou a seguinte tese:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. A NÃO OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO

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

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

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

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

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

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

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

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

3. UMA ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

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

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

3.1. A CORRENTE JURISPRUDENCIAL QUE ENTENDE PELA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA

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

Nesse sentido:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nessa mesma linha:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

