

O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE AUXÍLIO DOENÇA E A EXPOSIÇÃO DO SEGURADO AO LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO COM A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 767 DE 2017

Hugo Esteves do Carmo¹
Alexsandrina Ramos de Carvalho Souza²

RESUMO

O auxílio-doença é um benefício previdenciário, previsto no rol constitucional de riscos sociais que merecem proteção, é essencial ao trabalhador, tem caráter contributivo e natureza jurídica alimentar. Referido benefício é devido ao segurado da previdência social quando acometido do risco social "incapacidade laborativa" em decorrência de doença, seja comum, seja acidentária. O instituto do Limbo Jurídico Previdenciário inicia-se no momento em que um funcionário anteriormente afastado pelo INSS recebe "alta previdenciária", a chamada "alta programada" e a empregadora o considera inapto para retornar ao posto de trabalho. Sendo assim, torna-se pertinente uma análise ética da forma como é realizada a alta previdenciária e sua repercussão na vida social do segurado, bem como a forma como o judiciário analisa e julga tal demanda, visto que a situação dá ensejo a três ausências ao segurado: de trabalho, de recebimento de salário e de recebimento de benefício previdenciário, expondo o indivíduo já fragilizado pela doença, à margem da sociedade. Desta forma, o objetivo geral deste trabalho é estabelecer em linhas gerais, em face dos princípios constitucionais, qual a posição da jurisprudência acerca desse relevante tema, e especificamente discutir os efeitos da recente alteração na legislação para a concessão judicial do benefício. Para isso foi realizado um levantamento bibliográfico acerca do tema, com a finalidade de proporcionar melhores e mais precisas informações sobre o tema.

PALAVRA-CHAVE: direito previdenciário; auxílio-doença; alta programada; princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The sickness allowance is a social security benefit fixed in the constitutional panel of social risks that deserve protection, is essential to the worker, it has contributory feature and nourish legal. That benefit is owing to the insured of social security when affected social "incapacity to work" risk as a result of disease, in general, or as a result of a work accident. The Institute of Legal Limbo Social Security begins at the moment that an employee, previously withdrawn by the INSS, receives "discharge" by the Social Security and the employer considers unfit to return to the job. Therefore, it is pertinent an ethical analysis of how the discharge is performed and its impact on the social life of the insured, as well as how the judiciary analyzes and judges such demand, as the situation occasion three absences to the insured: work, salary and social security benefits, exposing the individual already weakened by disease to the margins of society. Thus, the aim of this study is in general establish, in relation to the constitutional principles, which is the law position on this important

¹ Bacharel em Direito pela Fadivale. Pós-graduando em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho.

² Doutoranda em Ciências da Comunicação pela Unisinos. Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC-BH. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Penal e Processual Penal. Professora da graduação e pós-graduação da Fadivale. Advogada.

issue, and specifically discuss the effects of the recent change in the legislation for the court granting the benefit. For this was performed a literature search about the topic, in order to provide better and more accurate information on the subject.

KEYWORDS: social security law; sickness; high program/scheduled; principle of human dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOCIAIS. 2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 2.2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA / VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. 3 SISTEMA BRASILEIRO DE SEGURIDADE SOCIAL. 3.1 DIREITO PREVIDENCIÁRIO. 3.2 REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. 4 AUXÍLIO DOENÇA. 4.1 AFASTAMENTO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE. 4.2 ALTA PROGRAMADA / ALTA PROGRAMADA JUDICIAL. 4.3 A MEDIDA PROVISÓRIA 767/2017 E O AUMENTO DO NÚMERO DE DEMANDAS JUDICIAIS CONTRA O INSS EM RAZÃO DA ALTA PROGRAMADA. 5 INTERESSE DE AGIR PARA VER O BENEFÍCIO RESTABELECIDO. 6 O LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo apreciará o tema acerca da Alta Programada e a exposição ao Limbo Jurídico Previdenciário do empregado segurado da previdência social, com abordagem focada no procedimento administrativo da Autarquia Federal denominado de alta programada e a conseqüente busca dos segurados pelo amparo do Estado Juiz.

A Alta Programada, também conhecida como Cobertura Previdenciária Estimada (COPES), é um procedimento administrativo adotado pelo INSS para fixar a data estimada em que o segurado em gozo do Auxílio-Doença estará recuperado e supostamente apto para voltar às suas atividades laborais.

O auxílio-doença é um benefício previdenciário, previsto no rol constitucional de riscos sociais que merecem proteção (art. 201, CF), concedido aos segurados do Regime Geral de Previdência Social (obrigatórios e facultativos), quando acometidos do risco social "incapacidade laborativa" em decorrência de doença, seja comum, seja acidentária (acidente de qualquer natureza). Logo, trata-se de um benefício que requer estudo minucioso, pela dimensão que ocupa no nosso cotidiano.

O objetivo genérico do Sistema Brasileiro de Seguridade Social é preservar a dignidade da pessoa humana, mediante a realização do bem-estar e da justiça social.

Muitas discussões práticas se levantam, e uma única certeza: o auxílio-doença é benefício essencial ao trabalhador, tem caráter contributivo e natureza jurídica alimentar, sendo proibido o seu retrocesso e admitida, apenas, a sua expansão.

O instituto do Limbo Jurídico Previdenciário, advindo da alta programada, ou da alta “indevida” por parte do INSS, inicia-se no momento quando um empregado anteriormente afastado pelo INSS recebe “alta previdenciária” e, ao retornar para a Empregadora, submete-se a consulta em médico do trabalho (da Empregadora) ou mesmo médico particular e é constatada sua inaptidão laboral. Essa situação dá ensejo a três ausências: de trabalho, de recebimento de salário e de recebimento de benefício previdenciário.

Muito comum é o empregado doente e afastado pela Previdência Social receber alta do benefício após passar pela perícia médica, não apresentando ainda condições de aptidão para o trabalho, e ao apresentar-se para a empresa, esta não o aceita para retornar às atividades laborais por entender que ele não reúne as condições de saúde para o labor.

Com essa preocupação, os direitos positivos advindos do progressivo surgimento do Estado Social, surgiram obrigando o Poder Público a assumir a responsabilidade pela efetivação das prestações positivas econômicas e sociais (direitos fundamentais de segunda dimensão), valendo destacar neste contexto, os direitos relativos à previdência social, em especial o auxílio-doença.

Ao tratar do tema direito previdenciário deve-se tender para o justo em detrimento do seguro, ou seja, dentro desta magnitude do Direito³, preferível a aplicação “justa”, analisando a real necessidade do segurado, à aplicação da letra fria do ordenamento jurídico.

Por fim, a legislação brasileira ainda não traz aparato jurídico suficiente para resolver pacificamente esta situação emblemática, de modo que o enfrentamento judicial por intermédio dos operadores de direito na área previdenciária se faz necessário com a intenção de traçar regras mais lineares em torno da matéria.

³ Entendendo este como todo arcabouço legislativo, jurisprudencial e doutrinário.

Sendo assim o objetivo geral deste trabalho é estabelecer em linhas gerais, em face dos princípios constitucionais, qual a posição da jurisprudência acerca desse relevante tema. E especificamente discutir os efeitos da recente alteração na legislação previdenciária no que tange a concessão do benefício na esfera judicial, alteração esta trazida pela Medida Provisória 767 de 2017.

Logo, foi realizado um levantamento bibliográfico acerca do tema, sendo pertinente uma análise de como é realizada a alta previdenciária e sua repercussão na vida social do segurado, com a seguinte indagação: levando-se em consideração os princípios e direitos fundamentais constantes na Lei Maior, valores nucleares de todo ordenamento jurídico, é possível um ajustamento ético e legal desta conduta da Autarquia?

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOCIAIS

O começo do século XXI viu uma nova categoria de direitos passar a ser constitucionalmente reconhecida e incluída nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se, dentre outros, aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice (MORAES, 2015).

A Constituição de 1988 consagrou diversas regras garantidoras da “socialidade” e “corresponsabilidade” entre as pessoas, os diversos grupos e camadas socioeconômicas, reservando um capítulo específico intitulado de “Direitos Sociais” (arts. 6º ao 11) e ainda consagrou o princípio da não exaustividade dos direitos sociais decorrentes do regime e princípios, bem como dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil (art. 5º, § 2º, CF/88).

A Seguridade Social, hoje constitucionalmente concebida como um direito social é fruto de toda uma evolução dentro dos direitos humanos.

Segundo Ramos (2015), os direitos sociais consistem em um conjunto de faculdades e posições jurídicas pelas quais um indivíduo pode exigir prestações do Estado ou da sociedade para superar desigualdades fáticas e situação material ofensiva à dignidade, ou até mesmo a abstenção de agir, pela qual o Estado deve se abster de interferir de modo indevido em determinado direito social, tudo para assegurar condições materiais mínimas de sobrevivência.

Importante ressaltar que não há que se falar em hierarquia entre as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e os demais comandos previstos na Constituição Federal.

A maior controvérsia envolvendo os direitos sociais está na busca de sua efetivação, que pode esbarrar em argumentos referentes à falta de recursos disponíveis, que limitaria a realização desses direitos a uma “reserva do possível” (RAMOS, 2015). Porém, ainda que seja alegada por parte do Poder Público, o Judiciário deve, diante do caso concreto, se valer do Princípio da Razoabilidade e verificar se esse argumento não está sendo utilizado pelos governantes apenas como forma a se escusar de prestação efetiva desses direitos (GARCIA, 2014).

Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com características imperativas e invioláveis, de observância obrigatória em um Estado Democrático de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida, visando a concretização da igualdade social.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, os tópicos a seguir pretendem basicamente delinear dois princípios relevantes na busca da efetivação do direito social referente à Previdência Social.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição de 1988 estabelece em seu art. 1º, III, que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a “dignidade da pessoa humana”, que exprime a abertura da República à ideia de constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo (RAMOS, 2015).

O reconhecimento da dignidade humana, qualidade inerente a todos os seres humanos, nos separa dos demais seres e objetos. Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência.

Mattar (2010) ao tratar do assunto diz que ao se buscar a conceituação de direitos fundamentais, percebe-se que os direitos humanos se referem tanto ao homem quanto ao cidadão e protegem o indivíduo, inclusive, de eventuais conflitos com o Estado. E completa que no entender de J.J. Gomes Canotilho (1999), os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob

uma dupla perspectiva: proibindo, fundamentalmente, as ingerências dos poderes públicos; e implicam, no poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República (CANOTILHO, 2016).

Logo, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (GARCIA, 2014).

Sendo assim, a concretização dos direitos fundamentais é o alicerce na construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito e a sua inserção nas constituições dos Estados, demonstra a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário.

2.2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA / VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

O homem necessita de segurança jurídica para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito (CANOTILHO, 2016).

O princípio da segurança jurídica está relacionado com elementos objetivos de ordem jurídica como: garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito.

Segundo Barros (2004 apud Souza, 2012, p. 34) “o texto constitucional ao introduzir a segurança jurídica como um de seus princípios, deu-lhe conotação de direito fundamental, uma vez que detém a função de garantir, tutelar e proteger os direitos conferidos aos sujeitos de direito”.

Sob o viés das políticas sociais, a segurança jurídica busca garantir que o debate, a interlocução e a luta política sejam realizados em bases materiais onde todos, de forma estável, disponham de possibilidades concretas para o exercício da autonomia. A segurança que o núcleo dos direitos fundamentais sociais impõe é garantia, por conseguinte, de que a democracia não será confundida ou inteiramente identificada com as posições políticas de uma maioria que eventualmente e transitoriamente, assuma a condução das políticas sociais. A segurança política reflexa garante que, no plano das políticas públicas, maiorias e minorias participem do processo democrático, cujos requisitos formais e as condições materiais para seu exercício encontram-se já garantidos pela dicção constitucional dos direitos fundamentais (SOUZA, 2012, p. 36).

Correlacionando-o com o princípio da dignidade da pessoa humana constata-se que eles não apenas impõem um dever de abstenção, mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo.

A garantia da segurança jurídica não se esgota na irretroatividade das leis, ou na proteção conferida ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (inciso XXXVI do art. 5º da CR/88), tampouco na limitação ao poder constituinte derivado. Vai muito além, podendo atingir regras que, não obstante possuam “efeitos exclusivamente prospectivos”, possam implicar algum retrocesso social, frustrando legítimas expectativas de direito, criadas pelo próprio Estado ao concretizar direitos fundamentais proclamados na Lei Maior.

Com este raciocínio surge o princípio da vedação ao retrocesso como núcleo essencial dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, devendo-se considerar inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial (MATTAR, 2010).

Sendo assim, a proibição do retrocesso impede que direitos sociais já disciplinados e garantidos pela legislação infraconstitucional e implementadas por meio de ações e programas de políticas sociais sejam, ao alvedrio dos Poderes Públicos, extintos. Isso não é engessar a argumentação e os espaços democráticos, mas garantir, com segurança, condições materiais básicas para que a democracia não seja prerrogativa de alguns, especialmente hoje, quando as necessidades do pluralismo político desarticulam as noções de homogeneidade ideológica (SOUZA, 2012).

3 SISTEMA BRASILEIRO DE SEGURIDADE SOCIAL

3.1 DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Segundo palavras de Amado (2016, p. 183) “a divisão da ciência jurídica em disciplinas é meramente para fins de estudo, pois todos os temas estão entrelaçados e não há como cindir o que é necessariamente uno”. Todavia, não restando dúvida sobre a importância do Direito Previdenciário é relevante conceituá-lo:

Ramo do Direito composto por regras e princípios que disciplinam os planos básicos e complementares de previdência social no Brasil, assim como a atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública e as pessoas jurídicas privadas que exerçam atividades previdenciárias (AMADO, 2016, p. 184).

Diante da possibilidade de ter o Direito Previdenciário como sinônimo de previdência social pode-se considerá-lo como ramo do Direito inserido no sistema de proteção social (amparo aos beneficiários), que visa a propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana, que muitas vezes, tem a vida e a dignidade ameaçadas por problemas inesperados e inevitáveis impossibilitando-os da obtenção da própria subsistência.

Dentro da temática do Direito Previdenciário é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 instituiu o sistema da seguridade social, englobando a previdência social, a assistência social e a saúde pública, e sendo ela um dos instrumentos disciplinados pela Ordem Social baseia-se no primado do trabalho e tem como objetivo o bem-estar e a justiça social.

3.2 REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é o grande plano previdenciário brasileiro, pois abarca a grande maioria dos trabalhadores, exceto servidores públicos efetivos e militares vinculados a Regime Próprio de Previdência

Social (RPPS) instituído por entidade política, assim como os Regimes Complementares de Previdência Social (AMADO, 2016).

Trata-se de um sistema contributivo de repartição e não capitalização, pois restou instituído um fundo único para o pagamento dos benefícios previdenciários, sendo possível que determinados benefícios sejam concedidos mesmo que ainda não haja uma contribuição sequer ao sistema, no interstício entre a filiação e o primeiro pagamento, a exemplo do salário-família e do auxílio-acidente, prestações que dispensam carência.

De acordo com Victório (2009), o RGPS contempla de forma obrigatória todos os trabalhadores que possuem sua relação de emprego acobertada sob o manto celetista, os empregados rurais, os empregados domésticos, os trabalhadores autônomos, os empresários, pequenos produtores rurais e pescadores artesanais que laboram em regime de economia familiar, etc. Todos esses são os denominados segurados obrigatórios, conforme art. 11 da n. Lei 8.213/91. Frisa-se ainda que, em atendimento ao princípio constitucional da universalidade do atendimento (art. 194, I, da CF), o RGPS permite, ainda, a adesão aos seus quadros, de pessoas que não estejam vinculadas a ele de forma obrigatória, os quais são denominados de segurados facultativos (art. 14, da Lei 8.212/91; art. 11 do Decreto 3.048/99). Destaque que o servidor público participante de RPPS não poderá se filiar como segurado facultativo do RGPS, ante a vedação contida no § 5º, art. 201, da CF/88, pois já existe uma proteção previdenciária.

Insta salientar que o RGPS é gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal que compõe a Administração Pública indireta e é vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, vinculação esta advinda da recente alteração contida do 7º, parágrafo único, II da MP 726/2016 (BRASIL, 2016b).

Destaca-se que, devido à citada condição de ente autárquico, o INSS é dotado de personalidade jurídica de direito público, com legitimidade processual ativa e passiva para figurar em ações judiciais.

4 AUXÍLIO DOENÇA

4.1 AFASTAMENTO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE

Dentre os benefícios destinados a quem contribui para a Previdência Social, destaca-se o Auxílio Doença, disposto no artigo 59 da Lei nº 8.213/1991, regulamentado nos artigos 71 a 80 do Decreto 3.048/99, e também previsto no rol constitucional de riscos sociais que merecem proteção (art. 201, I, CF).

O que se pretende zelar é a universalidade de cobertura aos que necessitam da previdência social, quando estão incapacitados para o trabalho.

É de grande importância destacar que a Carta Constitucional visa a proteção ao trabalhador, como meio utilizado a se chegar ao fim último pretendido pela ordem social: bem-estar e justiça sociais (art. 193, CF). Ademais, o inciso VIII do artigo 170 da Constituição Federal coloca como princípio da ordem econômica a busca do pleno emprego. Nestes termos, o art. 1º, III, traz como fundamento da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana”.

Neste contexto, o auxílio doença é concedido aos segurados do RGPS (obrigatórios e facultativos), quando acometidos do risco social "incapacidade laborativa" em decorrência de doença, seja comum ou acidentária, sempre observados os requisitos exigidos para cada uma das espécies (SPLICIDO e SOUZA, 2013; MUSSI, 2005).

Este benefício tem caráter temporário, precário, vez que será devido enquanto o segurado permanecer incapaz para o exercício de atividade laborativa ou enquanto não submetido a processo de reabilitação profissional, para se habilitar a exercer outra atividade.-

Como é cediço, por se tratar de matéria de natureza alimentar, com caráter eminentemente social e protetivo ao obreiro, via de regra, deve ser aplicado, sempre que haja fundada dúvida, o princípio do “*in dubio pro misero*”, cabendo ao segurado comprovar, ainda que superficialmente, o infortúnio laboral, bem como indícios da redução de sua capacidade laborativa.

De acordo com o artigo 476 da CLT, o afastamento do trabalhador do posto de trabalho com percepção de benefício previdenciário em razão de doença constitui suspensão do contrato de trabalho⁴. Com a alta médica e cessação do benefício, e o retorno do empregado ao trabalho é certo que o contrato volta a produzir os seus efeitos regulares, dentre os quais a obrigação de pagar salários.

⁴ Ausência provisória da prestação de serviços, sem que haja o pagamento de salário, nem a contagem do tempo de serviço do empregado.

Portanto, para que o evento “alta previdenciária” se efetive e o segurado perca o direito do auxílio-doença, tendo o seu benefício suspenso, e retorne à sua função habitual de trabalho, é dever do INSS comprovar a real reabilitação do mesmo, ou seja, que ele de fato está apto ao trabalho, caso contrário a alta previdenciária é considerada ilegal. Neste sentido, acórdão do TRF da 2ª Região:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS PREENCHIDOS. LAUDO PERICIAL CONSTATANDO A INCAPACIDADE LABORAL. CONCESSÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I – Nos termos do art. 62 da Lei n.º 8213-91, a cessação do auxílio-doença dar-se-á em duas hipóteses: (i) na constatação da incapacidade definitiva para qualquer atividade, o que resultará na sua conversão em aposentadoria por invalidez; ou (ii) no momento em que o segurado estiver capacitado profissionalmente para o exercício de outro trabalho que lhe garanta o sustento.

II – Os exames médico-periciais realizados pelo experto do juízo confirmam o estado de incapacidade da parte autora para sua ocupação habitual.

III – Se a parte autora ainda se encontra incapacitada para o exercício de sua atividade habitual, e a autarquia previdenciária não promoveu sua reabilitação profissional, está caracterizada a ilegalidade do cancelamento do auxílio-doença.

IV- Apelação desprovida. Processo 0009015-83.2014.4.02.9999 (RIO DE JANEIRO, 2016b, p. 01).

De efeito, o auxílio doença cessará com o retorno do segurado ao trabalho ou, caso necessite, com a sua efetiva reabilitação profissional.

4.2 ALTA PROGRAMADA / ALTA PROGRAMADA JUDICIAL

A alta programada, duramente criticada por grande parte da doutrina previdenciária, também conhecida como Cobertura Previdenciária Estimada – COPES, pode ser compreendida como uma “previsão” (data para cessação do benefício) feita pelo INSS ao estimar que após um determinado período de tempo o segurado já está curado, isto é, não necessita mais receber o auxílio-doença, quando na verdade deveria fazer uma avaliação médica criteriosa para constatar se há a recuperação da capacidade laboral.

Simplificando, a alta programada funciona da seguinte forma: o trabalhador passa por uma perícia na qual o médico confronta o código da enfermidade ou lesão diagnosticada com o tempo estimado de permanência em

gozo do benefício apresentado pelo programa de computador utilizado pela autarquia e que se baseia em estudos estatísticos de diagnóstico, tratamento e tempo de recuperação de milhares de benefícios concedidos, sendo lançado no sistema informatizado do INSS a data de alta do segurado e o consequente encerramento do benefício.

Ela foi criada em 2005 por meio da IN 130/2005, mas entrou em vigor com o advento Decreto 5.844/2006 que alterou o art. 78 do Decreto 3.048/99, passando o benefício previdenciário de auxílio-doença ser concedido por tempo determinado, e não mais existindo a submissão à perícia médica bimestral, ou seja, o médico passou a fixar a Data da Cessação do Benefício (DCB), estabelecendo o tempo necessário para a recuperação, dispensada nesta hipótese a realização de nova perícia (KERTZMAN, 2015).

De acordo com Pereira e Gouveia (2016) a finalidade do procedimento administrativo deixou de ser o de reabilitar o segurado em percepção do auxílio-doença e transmutou-se em entrave para a obtenção do benefício, vez que, independentemente da presença da inaptidão, o que se passou a buscar com o processo é, pura e simplesmente, a não-renovação do benefício, ou seja, que o segurado permaneça o menor tempo possível afastado, desonerando os cofres previdenciários, a despeito de retornar ao mercado de trabalho sem suficientes condições para exercer sua atividade laboral.

Essa nova sistemática surgiu em razão do elevado número de trabalhadores que buscam afastamento previdenciário por incapacidade (auxílio doença previdenciário e auxílio doença acidentário), razão pela qual se tornou questão de repercussão nacional e grandes discussões surgiram acerca de sua legalidade e efetividade.

Segundo Caloi (2015), a Autarquia Previdenciária sustenta que à época a alta programada visou reduzir déficit, pois o auxílio doença seria o benefício mais pleiteado administrativamente. E ainda, uma forma de evitar que o segurado retornasse bimestralmente ao INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) para realização de nova perícia, o que gerava uma sobrecarga de trabalho ao órgão.

Até o mês de março de 2016, antes das últimas alterações previdenciárias, o texto do § 1º do art. 78 do Decreto 3.048/99 regia:

Art. 78. O auxílio-doença cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela transformação em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente de qualquer natureza, neste caso se resultar sequela que implique redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

§ 1º: O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação médico-pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensada nessa hipótese a realização de nova perícia (BRASIL, 2015c).

Redação do § 1º do art. 78 do Decreto 3.048/99 após alterações advindas do Decreto nº 8.691, de 2016:

§ 1º O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação pericial ou com base na documentação médica do segurado, nos termos do art. 75-A, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado (BRASIL, 2015c).

Atualmente na data previamente estabelecida para o término do benefício, ele cessará automaticamente independentemente de perícia que avalie a incapacidade como era feito anteriormente (antes de 2005), ou seja, poderá receber alta mesmo que presente a incapacidade para o trabalho ou atividade habitual.

A Medida Provisória 767 de 2017 (MP 767/17) alterou também o art. 60 da Lei 8.213/91, passando a exigir que em sentenças que concedam o benefício previdenciário auxílio doença o magistrado fixe data para seu encerramento, e caso não a fixe, este irá cessar-se automaticamente após o prazo de 120 dias contados da data da concessão, vide artigo com nova redação:

Art. 60.

§ 11. 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.

§ 12. Na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8º, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação junto ao INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62.

§ 13. O segurado em gozo de auxílio-doença, concedido judicial ou administrativamente, poderá ser convocado a qualquer momento, para avaliação das condições que ensejaram a sua concessão e a sua manutenção, observado o disposto no art. 101. (NR)

Trata-se a MP 767/17 de uma norma que visa reduzir os gastos da Previdência Social com o custeio “indevido” de milhares de benefícios pagos a segurados que, nada obstante tendo recuperado sua capacidade laborativa, persistem recebendo benefício previdenciário por incapacidade, à míngua de revisão administrativa.

Porém, esta nova redação desafia jurisprudência já pacificada sobre a chamada “alta previdenciária” onde já entende ser ilegal tal imposição, e ainda inovou trazendo o instituto da “alta programada judicial”.

Os tribunais entendiam que a suspensão do benefício de auxílio-doença somente era possível após a realização de perícia médica administrativa atestando a cessação da incapacidade da parte autora para o trabalho, como pode se verificar no acórdão a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. INADMISSIBILIDADE. . CONSECTÁRIOS LEGAIS.

1. A concessão dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez pressupõe a averiguação da incapacidade para o exercício de atividade que garanta a subsistência do segurado, e terá vigência enquanto permanecer ele nessa condição. 2. No caso dos autos, o laudo pericial indicou que a parte autora está total e temporariamente incapacitada para o trabalho, razão pela qual é devida a concessão de auxílio-doença desde a data do requerimento. 3. É inadmissível em juízo o procedimento da alta programada, assim entendida a fixação em sentença do termo final do benefício com base em estimativa de tempo para recuperação. 4. Incumbe ao INSS, administrativamente, depois do trânsito em julgado, realizar os exames periódicos para verificar se persiste a incapacidade laboral do segurado. 5. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, os juros moratórios devem ser equivalentes aos índices de juros aplicáveis à caderneta de poupança (STJ, REsp 1.270.439/PR, 1ª Seção, Relator Ministro Castro Meira, 26/06/2013). No que tange à correção monetária, permanece a aplicação da TR, como estabelecido naquela lei e demais índices oficiais consagrados pela jurisprudência. 6. O cumprimento imediato da tutela específica, diversamente do que ocorre no tocante à antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC, independe de requerimento expresso por parte do segurado ou beneficiário e o seu deferimento sustenta-se na eficácia mandamental dos provimentos fundados no art. 461 do CPC. (TRF-4 - AC: 31173520144049999 RS 0003117-35.2014.404.9999, Relator: LUIZ ANTONIO BONAT, Data de Julgamento: 17/11/2015, QUINTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 19/11/2015)

Em detrimento dos filiados da Previdência Social, o Estado, ao visar desonerar os cofres previdenciários buscou aprimorar o sistema e racionalizar

procedimentos, contudo acabou por impor mecanismos que dificultam ou até mesmo impedem a obtenção do benefício, sacrificando o fundamento da dignidade da pessoa humana. Retrocede em importante conquista social, consistente na proteção contra o risco social ao não possibilitar ao trabalhador efetivamente incapacitado para o trabalho, condições mínimas de sobrevivência, desrespeitando-o na sua existência (vida, corpo e saúde) e degradando-o na sua condição de pessoa humana (OLIVEIRA, 2009; MUSSI, 2005).

Os princípios de direito, e notadamente os princípios constitucionais, apresentam as características de coercitividade e de imperatividade, sendo que em âmbito constitucional a coercitividade se expressa num grau ainda mais contundente do que nas outras normas jurídicas, já que as regras e os princípios constitucionais, são mais que meras normas jurídicas, são normas de hierarquia superlativa, submetendo todo o conjunto normativo inferior às suas disposições expressas e aos desígnios dos valores consagrados em seu bojo, mesmo que implícitos, abrangendo o ordenamento normativo não apenas enquanto sistema teórico, mas vinculando também todos os seus efeitos práticos.

Emblemática a definição de Alexandre de Moraes (2015), para o qual a dignidade da pessoa humana deve ser vista como a harmonização do aspecto histórico (sucessão de conquistas contra o absolutismo, seja pelo Estado ou pelo líder de uma comunidade), normativo (contra a injustiça), filosófico (respeito ao próximo ou a si mesmo, sem necessidade de sanção), direito individual protetivo (em relação ao próprio Estado ou a pessoa individualmente considerada) e como dever fundamental de tratamento igualitário.

A dignidade humana de 1988, certamente, não é mais a dignidade humana de 2005, como não será a de 2017. O conceito de dignidade humana do texto constitucional, postulado basilar da formação de um sistema de interpretação, deve ser sempre reavaliado. Trata-se de uma dignidade revista à luz de uma Constituição real e não meramente formal.

Com este raciocínio, tem-se que todas as regras e princípios atinentes à proteção social e previdenciária devem primar pela defesa do princípio da dignidade da pessoa humana, atendendo ao seu conteúdo axiológico e a outros princípios e regras que estão no ordenamento jurídico pátrio, como normas válidas, cogentes e de observância inafastável.

4.3 A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 767 DE 6 DE JANEIRO DE 2017 E O AUMENTO DO NÚMERO DE DEMANDAS JUDICIAIS CONTRA O INSS EM RAZÃO DA ALTA PROGRAMADA

Em janeiro de 2017, após o prazo de vigência da Medida Provisória 739 de 2016 perder sua eficácia por decurso do tempo, o Presidente da República editou a MP 767/2017, que praticamente repete o teor da Medida Provisória 739 de 2016.

De acordo com Moraes (2017) diante do contexto da crise econômica enfrentada pelo governo federal, a edição da MP 767/2017, que entrou em vigor no dia 06 de janeiro de 2017, voltou a trazer algumas restrições no campo do direito previdenciário no que diz respeito ao acesso aos benefícios previdenciários por incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez), bem como na extensão da cobertura previdenciária, permitindo a revisão destes benefícios, não importando se a concessão foi judicial ou administrativa; fixar para o auxílio-doença data de cessação ou período máximo de duração; instituir o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; e também serviu para revogar o parágrafo único do art. 24 da Lei de Benefícios que permitia a recuperação da qualidade de segurado após o pagamento de 1/3 do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência exigida para aquele benefício.

A priori, o intuito desta MP é reduzir drasticamente os gastos da Previdência Social com o “custeio indevido” de milhares de benefícios.

Contudo, a alta programada é um mecanismo considerado prejudicial ao trabalhador desde 2005 e já “devolveu” para o trabalho milhares de trabalhadores sem condições de saúde para reassumir as suas tarefas laborais, sendo que nas palavras de Vaz (2016) “não passa de um exercício de futurologia, haja vista cada segurado possuir um tempo específico de recuperação”.

Agravando ainda mais o quadro, a MP 767/2017 ao alterar os §§ 11 e 12 do art. 60 da Lei 8.213/91, obriga que nas concessões judiciais do benefício o magistrado fixe uma data para seu encerramento, caso contrário, referido benefício encerrar-se-á em um prazo de 120 dias.

Tem-se aí o dispositivo legal da alta programada judicial, que antes era previsto apenas em regimentos administrativos do INSS, segundo o qual, seria possível estimar o prazo de recuperação da capacidade laborativa do segurado.

É dizer, se o juiz não fixar o prazo para a alta (alta programada judicial), este prazo será presumido: 120 dias. O segurado pode elidir a presunção requerendo a prorrogação na via administrativa. Será então submetido à perícia e, se constada a persistência da incapacidade, o benefício será prorrogado.

Segundo Cavalcante (2017) a jurisprudência majoritária não admite a alta programada judicial, "uma vez que a perícia médica é condição indispensável à cessação do benefício, pois somente ela poderá atestar se o segurado possui condição de retornar às suas atividades ou não". O prazo indicado pelo perito como suficiente ao restabelecimento da capacidade é apenas uma estimativa, especialmente porque depende de fatores alheios à vontade do segurado e do INSS, de sorte que o magistrado não tem condições de fixar de antemão a data de recuperação. Logo, alta programada judicial vai de encontro ao que preceitua a Lei de Benefícios Previdenciários (Lei nº 8.213/91).

O texto trazido pela MP 767/2017 que altera a redação da Lei 8.213/91 desafia a jurisprudência já pacificada sobre a chamada "alta programada", que, depois de rechaçada a primeira tentativa feita por decreto, ganha espaço no texto da Lei de Benefícios. Os tribunais entendiam que a suspensão do benefício de auxílio-doença somente era possível após a realização de perícia médica administrativa atestando a cessação da incapacidade da parte autora para o trabalho.

Segundo dados coletados em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ em 2011, em uma pesquisa realizada junto ao judiciário brasileiro, que teve como objetivo elaborar um *ranking* com os 100 (cem) maiores litigantes em todo território nacional observou-se o INSS ocupa o topo da lista, sendo responsável por 22,3% - contra 8,5% do segundo colocado - de todas as demandas judiciais do Brasil, e o pior, em 80% destas, figura no polo passivo.

Interpretando o disposto no art. 62 da Lei 8.213/91 antes de sofrer alteração, onde se lê que "não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez", conclui-se pela indispensabilidade da realização da perícia.

Cavalcante (2017) afirma que o tema é polêmico nos Tribunais Regionais Federais. A posição majoritária parece ser no sentido de que tal procedimento era indevido. O TRF1 e TRF3, por exemplo, entendiam que a "alta programada" seria ilegal porque violaria o art. 62 da Lei nº 8.213/91. Nesse sentido:

TRF 1

[...] A "Cobertura Previdenciária Estimada" (COPES), conhecida por Sistema de Alta Programada, foi implementada por meio do Decreto n. 5.844, de 2006, e consiste na concessão do benefício de auxílio-doença, por parte do INSS, cujo término é previsto no momento da concessão, que se dá mediante avaliação médico-pericial.

2. A cessação do benefício previdenciário de auxílio-doença pelo Sistema de Alta Programada viola o art. 62 da Lei n. 8.213, de 1991, que garante ao segurado que não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez. Somente pode haver cessação do benefício se for o segurado submetido à perícia médica em que se averigüe a reaquisição da sua condição de retornar às atividades laborais, até porque o segurado em gozo de benefício da espécie está obrigado a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, nos termos do art. 101, caput, da Lei de Benefícios. [...] TRF1. 1ª Turma. AMS 0008673-03.2008.4.01.3600 / MT, Rel. Juiz Federal Régis de Souza Araújo, e-DJF1 p.1228 de 04/02/2016.

TRF 3

[...] I - O instituto da "alta programada" é incompatível com a lei previdenciária, tendo em vista que fere direito subjetivo do segurado de ver sua capacidade laborativa aferida através do meio idôneo a tal fim, que é a perícia médica.

II - Revela-se incabível que a Autarquia preveja com antecedência, por meio de mero prognóstico, que em determinada data o segurado esteja apto ao retorno ao trabalho, sem avaliar o real estado de saúde em que se encontra, tendo em vista que tal prognóstico pode não corresponder à efetiva evolução da doença. [...]. TRF3. 10ª Turma, AMS 0004599-84.2014.4.03.6106, Rel. Des. Fed. Sergio Nascimento, julgado em 12/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 Data: 20/04/2016.

No mesmo sentido, o art. 101, ao estabelecer a obrigatoriedade de submissão do segurado ao exame médico, traz a implicação lógica de que esse exame é necessário para a verificação da continuidade ou da cessação do benefício.

Portanto, a lei autoriza a cessação do auxílio-doença em três casos: cessação da incapacidade, reabilitação para outra atividade ou concessão de aposentadoria por invalidez. Em todas elas, é imprescindível a realização de um

exame médico pericial para atestar sua ocorrência, por decorrência lógica e por imposição legal. Assim, qualquer procedimento tendente a eliminar tal perícia, determinando a cessação automática do benefício em uma data predeterminada, contraria toda lógica protetiva previdenciária.

Apesar da mudança legislativa, no momento que concede alta ao segurado ainda incapacitado para o trabalho, obrigando-o a reassumir seu labor para manutenção de sua subsistência e de sua família, em face da cessação do pagamento do benefício, a autarquia previdenciária viola literalmente a Constituição Federal, que estabelece em seu artigo 1º os fundamentos que regem a República Federativa do Brasil, merecendo destaque o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal violação acontece porque o que se observa neste nefasto procedimento é uma tentativa de desonerar os cofres previdenciários, em detrimento dos filiados da Previdência Social, já que o Estado deixa de garantir proteção contra o risco social incapacidade laborativa, ao não possibilitar ao trabalhador efetivamente incapacitado para o trabalho condições mínimas de sobrevivência, desrespeitando-o na sua existência (vida, corpo e saúde) e degradando-o na sua condição de pessoa humana.

A alta programada desrespeita, ainda, o princípio abarcado no inc. I do artigo 194, qual seja, a universalidade da cobertura, segundo o qual a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite.

Por fim, mas não menos importante, deve-se registrar que a alta programada viola também, o art. 196 da CF/88 que traz o princípio segundo o qual é dever do Estado e direito de todo cidadão a Saúde, a ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos, isto porquanto a permanência do trabalhador incapacitado no meio ambiente do trabalho enseja o natural desgaste físico e psicológico, aviltando a previsão constitucional de promoção, proteção e recuperação da saúde do cidadão e, principalmente, dos objetivos da própria seguridade social.

A cessação em 120 dias, nos casos em que não houver prazo judicialmente fixado e for indeferido o pedido de prorrogação, deverá passar por intensa judicialização. Caberá à Justiça Previdenciária dizer se a cessação foi adequada ou não. Certamente, as perícias administrativas, feitas mediante o regime

de mutirão e mediante o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade, previsto na MP, tendem a ser superficiais e arbitrárias, até mais do que hoje têm sido. Os pedidos, ao que vejo, em princípio, serão deduzidos nos mesmos autos em que concedido o benefício (VAZ, 2016).

A alta programada é responsável por um imenso número de ações intentadas contra o INSS. Contudo, os tribunais têm se mostrado atentos e rechaçado de pronto a pretensão da autarquia, declarando a inviabilidade da alta programada.

Sustenta-se que a cessação do pagamento do benefício previdenciário de auxílio-doença através do simples procedimento de "alta programada" viola o artigo 62 da Lei 8.213 /91, ora que feria o direito subjetivo do segurado, baseado na Lei de Benefícios, de ver sua capacidade laboral reconhecida por perícia médica, ora que não se pode presumir a recuperação de capacidade laborativa, pura e simplesmente, em razão do decurso de determinado prazo (VAZ, 2016).

O julgado abaixo, trazido por Pereira e Gouveia (2016, p. 2, grifo nosso) ilustra esta afirmação, vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. TRABALHADOR RURAL. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL. LAUDO PERICIAL. INCAPACIDADE LABORAL. 1. A incapacidade laboral da parte autora, de forma parcial e temporária, foi comprovada pela perícia médica realizada (fls. 91/93). A qualidade de segurado especial, por sua vez, restou demonstrada pelo INFBEN (fl. 61), indicando a concessão de auxílio-doença rural no período de 01/06/2011 a 17/09/2012. 2. Em relação à qualidade de segurado especial da parte autora, deve ser registrado que alguns documentos públicos constituem prova plena dessa condição, tornando assim desnecessária a produção da prova testemunhal. Assim, por exemplo, a existência de anotações na CTPS em relação a vínculos rurícolas, registros no CNIS e documentos comprobatórios da concessão de benefício anterior (auxílio doença, por exemplo) demonstram cabalmente a vinculação ao RGPS. **3. A cessação do pagamento do benefício previdenciário de auxílio-doença através do simples procedimento de "alta programada" viola o art. 62 da Lei 8.213/91, ainda que a data da cessação do benefício tenha sido definida pelo Juiz. A perícia médica é condição indispensável à cessação do benefício de auxílio-doença, pois, somente ela poderá atestar se o segurado possui condição de retornar às suas atividades ou não.** 4. O auxílio-doença será mantido até que a parte autora restabeleça a sua capacidade laborativa, após a submissão a exame médico-pericial na via administrativa, que conclua pela inexistência de incapacidade. 5. Remessa oficial e apelação da parte autora parcialmente providas. (AC 0055743-87.2014.4.01.9199 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO NEVES DA CUNHA, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL WALDEMAR CLAUDIO DE CARVALHO (CONV.), SEGUNDA TURMA, e-DJF1 de 26/04/2016).

5 INTERESSE DE AGIR PARA VER O BENEFÍCIO RESTABELECIDO

Com entendimento já consolidado no STF em sede de repercussão geral, o RE nº 631.240/MG, do relator o Eminentíssimo Min. Luís Roberto Barroso, onde deu parcial provimento a recurso de segurado, que entendeu não haver necessidade de solicitação de prorrogação do benefício de auxílio-doença para que o segurado ingresse com ação judicial pleiteando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, ou seja, para que esteja caracterizado o interesse de agir, justo porque é dever legal da Autarquia, sob a orientação de seus servidores, conceder a prestação mais vantajosa possível a que o beneficiário faça jus, assim, se for concedido um benefício, e este for suspenso em razão de alta programada, estando o segurado ainda precisando da proteção, isso por si só caracteriza a lesão a direito, desnecessário o prévio ingresso do pedido na esfera administrativa (TNU – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal: PEDILEF 5017578320134058101).

No mesmo sentido:

PREVIDENCIÁRIO. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO. ALTA PROGRAMADA. INTERESSE DE AGIR.

1. No cancelamento de benefício previdenciário, inclusive por alta programada, **não se é de exigir do segurado novo pleito administrativo para manter benefício que já antes recebida, admitindo-se seu interesse em diretamente buscar a tutela jurisdicional para tanto.** 2. Reconhecido o interesse de agir, é anulada a sentença, para complementação da instrução processual e regular processamento do feito. (TRF-4 - AC: 123439820134049999 RS 0012343-98.2013.404.9999, Relator: NÉFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 25/09/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 04/10/2013)

Com isso, se a empresa não concorda com a alta médica do INSS deve colocar o seu empregado em licença remunerada e efetuar um requerimento ao INSS por uma nova perícia, não sendo admissível que o empregado fique no limbo previdenciário.

6 O LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO

Limbo Jurídico Previdenciário é a nomenclatura utilizada pela doutrina e jurisprudência quando se verifica que o empregado tem seu benefício cessado pelo INSS por considerar este trabalhador apto pela perícia médica, porém, inapto pelo médico do trabalho da empresa. Logo, sem trabalho, sem recebimento de salário e também sem recebimento de benefício previdenciário.

O empregado fica em uma situação de total desamparo, pois o médico da empresa não autoriza o seu retorno ao trabalho, deixando-o exposto a faltas na jornada de trabalho, totalmente desamparado e sem receber qualquer remuneração nos dias faltosos ou benefício que assista seu sustento e de sua família.

No entanto, independentemente das condições de retorno ao trabalho, deve o empregado comunicar o empregador sobre as decisões proferidas pela Autarquia Previdenciária, haja vista que, neste ínterim, o contrato de trabalho firmado entre as partes permanece suspenso, nos termos do art. 476 da CLT.

Como já previsto na NR-7 Programa De Controle Médico De Saúde Ocupacional, o trabalhador afastado por mais de 30 dias ao receber alta no INSS deve apresentar-se ao empregador a fim de submeter-se ao exame médico de retorno ao trabalho com o intuito de averiguar sua real aptidão ao desempenho de suas atividades laborais.

Há entendimento majoritário da doutrina trabalhista que, comprovado após o exame do médico do trabalho da empresa que o empregado não está apto ao trabalho a empresa é responsável pelo pagamento dos salários e, caso não satisfeita, deverá buscar recorrer junto a Autarquia o ressarcimento destas parcelas, ou a marcação de uma nova perícia com o objetivo de comprovar a incapacidade, não sendo admissível deixar o laborista desamparado, no que a doutrina e jurisprudência denomina de Limbo Jurídico Previdenciário.

RECURSO ORDINÁRIO. AUXÍLIO DOENÇA. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. ALTA DO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO. NOVO AFASTAMENTO MÉDICO DETERMINADO PELA EMPRESA. LIMBO JURÍDICO LABORAL PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO DE SALÁRIOS DEVIDO.

A responsabilidade pelo pagamento dos salários, de período em que o empregado não goza auxílio previdenciário e é afastado do trabalho, por recomendação de médica da própria empresa, é do empregador, devendo ele recorrer da decisão do INSS que concede alta médica, para efeito de

ressarcimento, ao invés de deixar o laborista sem quaisquer meios de subsistência, diante de quadro indefinido em relação a seu contrato de trabalho. (TRT-1 - RO: 00111987520145010071 RJ, Relator: RELATOR, Data de Julgamento: 17/02/2016, Sexta Turma, Data de Publicação: 01/03/2016)

Por outro lado, há entendimento jurisprudencial contrário que se escora no fato de que não há qualquer irregularidade da conduta da Empregadora diante dos documentos que atestam a inaptidão do obreiro, como o laudo do médico do trabalho de obstar seu retorno ao labor, enquanto durar o procedimento de recursos perante a Previdência Social.

Inclusive, tal entendimento é no sentido de que não há obrigatoriedade do empregador remunerar o empregado durante esse período, já que esse lapso temporal em que o último permanece afastado pedindo reconsideração do pedido de auxílio-doença deve ser considerado como suspensão do contrato de trabalho. Ou seja, o entendimento é no sentido de que não é possível imputar ao empregador um encargo que não é seu.

AUXÍLIO-DOENÇA – ALTA DO INSS – EMPREGADA CONSIDERADA INAPTA PELO MÉDICO DA EMPRESA – IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE PAGAMENTO DE SALÁRIOS AO EMPREGADOR.

Não houve recusa injustificada da empresa em reintegrar a obreira ao trabalho. Toda a prova documental produzida demonstra que a reclamada não agiu de má fé e cumpriu todas as suas obrigações, não exigindo da trabalhadora a prestação de serviços, por reputá-la incapaz para o trabalho e fornecendo a documentação necessária para que a reclamante pudesse pleitear seus direitos junto ao INSS (docs. Nº 45/68, volume apartado). Não se constata qualquer irregularidade no procedimento patronal. O laudo pericial de fls. 152/161, inclusive, confirmou que a reclamante não está apta ao trabalho, apresentando fibromialgia, lesão crônica da coluna (discopatia degenerativa) e quadro de depressão crônica, todos sem nexos com o trabalho realizado na reclamada. Como bem salientado a quo, não há impedimento legal para que as empresas, diante dos documentos que atestam a inaptidão do obreiro, como o laudo do médico do trabalho, obstem seu retorno ao trabalho enquanto durar o procedimento administrativo de recursos perante a Previdência Social, também não há obrigatoriedade de remunerar mencionado período, já que, esse período em que o empregado permanece afastado pedindo reconsideração do pedido de auxílio-doença deve ser considerado como de suspensão do contrato de trabalho. Outrossim, não há fundamento legal para autorizar o pagamento dos salários pretendidos. Recurso ordinário da reclamante a que se nega provimento. (P. 0001364-07.2013.5.02.0087 – TRT2 – 18ª Turma – Recurso Ordinário – Des. Rel. Maria Cristina Fisch – publ. 02/03/2015).

Como na doutrina ainda não se encontra farto material a respeito deste relevante tema, vale-se da posição jurisprudencial em busca de um posicionamento e de uma maior segurança jurídica.

É importante ter conhecimento do princípio da legalidade, disposto no inciso II, art. 5º da Constituição Federal, que é imprescindível para o entendimento da solução dos conflitos existentes entre trabalhador, médico do trabalho da empresa e perícia médica do INSS.

De acordo com dados trazidos por Santos (2013), a doença está prevista no art. 201, I, da CF, como evento que enseja cobertura previdenciária. Está disciplinada pelos arts. 60 a 63, do Plano de Benefícios da Previdência Social, Lei 8.213 de 1991; e arts. 71 a 80, do Regulamento da Previdência Social, Decreto 3.084, de 1999.

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz (Lei 8.213/99).

[...]

Art. 71, § 2º Será devido auxílio-doença, independentemente de carência, aos segurados obrigatório e facultativo, quando sofrerem acidente de qualquer natureza (Decreto 3.084/99).

A incapacidade é comprovada por meio de perícia médica a cargo do INSS.

Ficam os segurados em uma situação ainda mais vulnerável, já que ao final do prazo de "cura" estipulado pelo médico perito do INSS deverão retornar ao trabalho independentemente da situação em que se encontrem, ou, fazer outro requerimento solicitando a prorrogação do benefício. O sistema, com certeza, estará dificultando o recebimento de um benefício do segurado; benefício esse ligado ao direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana.

Ademais, não é possível, um médico, estipular com precisão a data em que o segurado estará apto a retornar à atividade que habitualmente exercia. Tais peritos médicos passarão a ser chamados, com certeza, de os homens "da previsão da saúde".

Segundo Angelis (2014) o “limbo jurídico previdenciário” ocorre quando o empregador, ao realizar o exame de retorno do empregado (após a alta do auxílio-doença), verifica, por meio de exame médico, que o obreiro está “incapaz”, apesar do perito-médico do INSS ter posição contrária (reconhece que ele está em condições de retornar ao trabalho).

Para Franzese (2013) o trabalhador fica com dois documentos na mão. Um do INSS dizendo que está apto e outro do médico da empresa informando que não reúne condições de trabalhar. O INSS não paga o benefício de auxílio-doença, pois entende que o segurado pode trabalhar; o empregador, por sua vez, não paga salário, pois entende que é o INSS quem deve pagar o benefício de auxílio-doença, o qual foi, segundo o médico da empresa, incorretamente cessado. Sendo assim, a parte mais sensível na relação, fica desguarnecida (ANGELIS, 2014).

7 CONCLUSÃO

Pode-se visualizar a Seguridade Social como uma árvore, com três ramos independentes: Assistência Social, Saúde e Previdência Social.

Apesar de fazer parte da Seguridade Social, juntamente com a Assistência Social e a Saúde, a Previdência Social difere em muito daqueles outros dois institutos, não só por possuir caráter contributivo, ao revés dos primeiros, mas também por possuir características próprias e marcantes que a tornam ímpar, afastando-a dos outros componentes.

Sendo o Direito Previdenciário ramo afeto aos direitos humanos deve ser analisado na perspectiva do reconhecimento e consolidação de direitos, de modo que uma vez reconhecido determinado direito como fundamental na ordem interna, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação. A partir daí, não há mais como o Estado regredir ou retroceder diante dos direitos fundamentais reconhecidos, o processo é de agregar novos direitos ditos fundamentais ou humanos.

Considerando que a fonte básica do Direito Previdenciário Brasileiro são normas constitucionais inseridas na CF/88, toda interpretação previdenciária deve basear-se na valoração de princípios, dentre os quais: o respeito à dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o contraditório, a proteção ao trabalho, a proteção à saúde, a inclusão previdenciária e a fundamentação razoável.

Com isso, a leitura do sistema depende de uma interpretação essencialmente de princípios, pois os princípios revelam os conceitos constitucionais dentro de um patamar de unidade político-constitucional, logo, é instrumento legal e possível para rebater o instituto da “alta programada” trazido pela MP 767/2017 e com isso promover um ajustamento ético e legal frente às ações do Governo.

É inevitável a nova corrida ao Poder Judiciário com o intuito de receber da consciência do Estado Juiz o devido amparo e o socorro da onda de limitações de direitos sociais da seguridade.

Diante deste contexto, nota-se que o Governo não está disposto a fazer nenhum esforço para buscar a inclusão previdenciária de um número cada vez maior de brasileiros, contrapondo-se ao dever do Estado de promover o desenvolvimento pessoal dos cidadãos e a sua qualificação profissional, buscando a igualdade e a justiça social, permitindo ao trabalhador evitar buscar a judicialização do caso e garantir seus direitos de modo conciliatório, fomentando uma comunidade de trabalho saudável, permitindo assim a construção de uma sociedade mais justa, com menor desigualdade social e mais dignidade para os que dela mais necessitam.

Aos operadores do direito, não existe segredo ou fórmula mágica, a saída é o conhecimento. Viver na ignorância é que afasta as pessoas da proteção previdenciária, arruína famílias inteiras, destrói lares e lança nas garras da Assistência Social um número expressivo de cidadãos que facilmente teriam garantidos seus direitos previdenciários caso tivessem um mínimo de conhecimento.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 8. ed. ver. ampl. e atual. Salvador, BA: Editora Juspodivm, 2016.

ANGELIS, Juliano De. O empregado e a situação de "limbo jurídico previdenciário". **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51096&seo=1>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Vade mecum Acadêmico de Direito Rideel**. Anne Joyce Angher, organização. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015a.

_____. Decreto-Lei nº5.452 de 1º e maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. In: **Vade mecum Acadêmico de Direito Rideel**. Anne Joyce Angher, organização. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015b.

_____. Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. In: **Vade mecum Acadêmico de Direito Rideel**. Anne Joyce Angher, organização. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015c.

_____. Decreto 8.691, de 14 de março de 2016. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2016/decreto-8691-14-marco-2016-782550-publicacaooriginal-149725-pe.html>>. Acesso em: 27 set. 2016a.

_____. Lei 8.212, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio e dá outras providências. In: **Vade mecum Acadêmico de Direito Rideel**. Anne Joyce Angher, organização. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015d.

_____. Lei 8.213, de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. In: **Vade mecum Acadêmico de Direito Rideel**. Anne Joyce Angher, organização. 20. ed. São Paulo: Rideel, 2015e.

_____. Lei 8.213, 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>. Acesso em: 27 set. 2016b.

_____. Medida Provisória 726, de 12 de maio de 2016. Altera e revoga dispositivos da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm>. Acesso em 01 set. 2016c.

_____. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Pedido de Uniformização de Lei Federal - PEDILEF: 05017578320134058101, Relator Juiz Federal Douglas Camarinha Gonzales. Disponível em: <<http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254023815/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-5017578320134058101>>. Acesso em 07 set. 2016d.

_____. Medida Provisória 67 de 6 de janeiro de 2017. Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv767.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

CALOI, Lígia Mara Cesar Costa. Alta programada: efetividade e custo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2015, n. 141, out. 2015. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16497&revista_caderno=20>. Acesso em: 08 set. 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes, 1941. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 17 reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à MP 767/2017, que novamente tenta impor a sistemática da alta programada para os auxílios-doença concedidos administrativamente ou judicialmente. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/01/comentarios-mp-7672017-que-novamente.html>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

FRANZESE, E. A. R. Alta médica pelo SUS – Limbo jurídico trabalhista-previdenciário. Disponível em: <<http://blogs.tribuna.com.br/direitodotrabalho/2013/07/alta-medica-pelo-inss-limbo-juridico-trabalhista-previdenciario/>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

GARCIA, Wagner. **Super-revisão OAB**: doutrina completa. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2014.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador, BA: Editora Juspodivm, 2015.

MATTAR, Joaquim José Marques. A dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito. **Revista eletrônica de direito do estado**, Salvador, BA, 2010, n. 23, p. 1-18, jul/set. 2010.

MORAES, Abelardo José de. Análise da MP 767/2017 e suas alterações na sistemática dos benefícios por incapacidade. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18711&revista_caderno=20>. Acesso em: 17 mar. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MUSSI, C. M. O auxílio-doença e as inovações trazidas pelo Decreto nº 5.545/2005 e as distorções referentes ao benefício. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7637/o-auxilio-doenca>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

OLIVEIRA, Marcel Thiago de. Alta programada: afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2151, 22 maio 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12882/alta-programada-afronta-ao-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 5 set. 2016.

PEREIRA, Wesley José; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. A Medida Provisória 739/2016 e o aumento do número de demandas judiciais contra o INSS em razão da alta programada. **Jusbrasil**. Disponível em: <<http://wesleyjp.jusbrasil.com.br/artigos/366213736/a-medida-provisoria-739-2016-e>>

o-aumento-do-numero-de-demandas-judiciais-contra-o-inss-em-razao-da-alta-programada>. Acesso em: 26 set. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso ordinário**. Auxílio-Doença. Recurso Ordinário nº 0011198-75.2014.5.01.0071, Rel. Des. Leonardo da Silveira Pacheco. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310160635/recurso-ordinario-ro-111987520145010071-rj#>>. Acesso em: 07 set. 2016a.

_____. Tribunal Regional Federal. **Apelação cível**. Direito previdenciário e processual civil. Auxílio-Doença. Requisitos preenchidos. Laudo pericial constatando a incapacidade laboral. Concessão. Apelação desprovida. Rel. Des. André Fontes. Processo 0009015-83.2014.4.02.9999. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/106998985/trf-2-jud-trf-12-01-2016-pg-38>>. Acesso em: 27 set. 2016b.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. **Apelação cível**. Auxílio-Doença - Alta Programada. Inadmissibilidade. Apelação Cível nº 0003117-35.2014.404.9999 da Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Antônio Bonat. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/258402199/apelacao-civel-ac-31173520144049999-rs-0003117-3520144049999/inteiro-teor-258402297>>. Acesso em: 07 set. 2016a.

_____. Tribunal Regional Federal. **Apelação cível**. Cancelamento de Benefício / Alta Programada / Interesse De Agir. Apelação Cível nº 0012343-98.2013.404.9999 da Sexta Turma Cível, Rel. Des. Néfi Cordeiro. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112478805/apelacao-civel-ac-123439820134049999-rs-0012343-9820134049999/inteiro-teor-112478841>>. Acesso em: 07 set. 2016b.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso ordinário**. Auxílio-Doença. Alta do INSS. Empregada considerada Inapta pelo Médico da Empresa. Impossibilidade de Imposição de Pagamento de Salários ao Empregador. RO nº 0001364-07.2013.5.02.0087. 18ª Turma de Recursos, Rel. Des. Maria Cristina Fisch. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202301544/recurso-ordinario-ro-13640720135020087-sp-00013640720135020087-a28/inteiro-teor-202301558>>. Acesso em: 25 set. 2016.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Alexsandrina Ramos de Carvalho. **Fundamentos do regime próprio de previdência social no Brasil: origem, atualidade e perspectiva**. 2012. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade FUMEC. Belo Horizonte. 2012.

SPLICIO, Christiane; SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. Do Direito ao Auxílio-Doença e a Aplicabilidade da Legislação. **Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC**. 03 de outubro de 2013. Disponível

em:<<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/previdenciario/309135>>. Acesso em: 01 set. 2016.

VAZ, Paulo Afonso Brum. MP 739 chega com risco de sobrecarregar Justiça Previdenciária. **Jusbrasil**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jul-19/paulo-afonso-vaz-mp-739-sobrecarregar-justica-previdenciaria>>. Acesso em: 26 set. 2016.

VICTÓRIO, Rodrigo Moreira Sodero. A relativização da qualidade de segurado como requisito para a concessão dos benefícios previdenciários por incapacidade. Uma nova abordagem à luz do princípio constitucional do caráter contributivo da Previdência Social. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 66, jul. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6197>. Acesso em: 03 set. 2016.