

ISSN 2237-714X

Revista SÍNTESE

Direito Previdenciário

Ano XVII — Nº 85 — JUL-AGO 2018

REPOSITÓRIO AUTORIZADO

Tribunal Regional Federal 1ª Região — Portaria CONJUD nº 610-001/2013
Tribunal Regional Federal 2ª Região — Despacho nº TRF2-DES-2013/08087
Tribunal Regional Federal 3ª Região — Portaria nº 03, de 31.05.2012 — Registro nº 26
Tribunal Regional Federal da 4ª Região — Portaria nº 942, de 13.08.2013 — Ofício — 1528443 — GPRES/EMAGIS
Tribunal Regional Federal da 5ª Região — Informação nº 001/2013-GAB/DR

DIRETOR EXECUTIVO

Elton José Donato

GERENTE EDITORIAL

Milena Sanches Tayano dos Santos

COORDENADOR EDITORIAL

Cristiano Basaglia

EDITORA

Valdinéia de C. Tessaro de Souza

CONSELHO EDITORIAL

Danilo Ribeiro Miranda Martins, Érica Paula Barcha Correia,
Helóisa Hernandez Derzi, Ivani Contini Bramante,
José Aldizio Pereira Junior, Marcus Orione G. Correia,
Maria Garcia, Marisa Ferreira dos Santos,
Oscar Valente Cardoso, Roberto Luis Luchi Demo,
Wladimir Novaes Martinez

COMITÊ TÉCNICO

Hermes Arrais Alencar,
Luciano Marinho Filho,
Marco Aurélio Serau Junior
Tatiana Sada Jordão

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Ivani Contini Bramante, Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira, Leandro Corrêa de Oliveira,
Luciana Vitalina Firmino da Costa, Marcel Cordeiro, Ronaldo Guimarães Gallo,
Sergio Henrique Salvador, Vinícius Pacheco Fluminhan

Auxílio-Doença, Alta Programada e o Entendimento Recente da TNU

VINÍCIUS PACHECO FLUMINHAN

Advogado em Campinas/SP, Mestre em Direito pela Unimep, Doutorando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM com sanduíche/CAPES na Université Paris-Nanterre, Professor do Curso de Graduação em Direito da UPM.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os motivos da alta programada; 2 O precedente recente da TNU; 3 O Decreto nº 8.691/2016 compatibiliza os interesses em jogo?; 3.1 O direito de contraditório no processo administrativo; 3.2 Os efeitos no contrato de trabalho; 3.3 O termo inicial do auxílio-acidente; Considerações finais; Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Social; auxílio-doença; alta programada.

INTRODUÇÃO

A legitimidade do Programa de Cobertura Previdenciária Estimada (COPES) é uma polêmica antiga no Direito Previdenciário. Pensado para dar agilidade ao processamento dos benefícios e melhorar a gestão das perícias, o sistema foi criado pela Orientação Interna INSS nº 130/2005 e sempre encontrou certa resistência da Advocacia, do Ministério Público e dos Tribunais.

A principal argumentação dirigida contra a inovação administrativa apoiava-se na falta de amparo legal. Apesar de o COPES ter sido veiculado também por Regulamento (Decreto nº 5.844/2006), ainda assim encontrava óbice no art. 62 da Lei nº 8.213/1991, cuja redação condicionava a cessação do benefício à recuperação do segurado para as atividades laborais.

Em atendimento às decisões proferidas em ações civis públicas ajuizadas contra o COPES, o Ministério da Previdência Social foi obrigado a aperfeiçoar o sistema no sentido de compatibilizar de forma mais equilibrada todos os interesses em jogo, especialmente o direito de contraditório dos segurados, a segurança jurídica no contrato de trabalho para empregados e empregadores, e os interesses administrativos do INSS.

Essa compatibilização foi colocada em prática com a edição do Decreto nº 8.691/2016, uma norma claramente motivada pela jurisprudência consolidada na matéria. Mesmo assim, a questão permaneceu controvertida

até a matéria retornar à Turma Nacional de Uniformização dos JEFs, sob a égide de novo aparato normativo, em recurso afetado como representativo de controvérsia (Tema nº 164).

Anteriormente desfavorável ao COPES nos moldes originalmente propostos, a TNU reconheceu a legitimidade da alta programada e abriu caminho para a consolidação do modelo. Assim, o presente artigo pretende refletir um pouco sobre os acertos da nova configuração jurídica da alta programada e o aparente equacionamento dos conflitos de interesse anteriormente destacados.

1 OS MOTIVOS DA ALTA PROGRAMADA

O COPES foi instituído pela Orientação Interna INSS nº 130/2005 com o propósito de dar maior agilidade ao processamento dos benefícios e melhorar a gestão das perícias médicas. A ideia consistia basicamente na fixação, já na perícia inicial, da data de cessação do benefício sem a realização de nova perícia.

O objetivo do INSS era suprimir a denominada “perícia de saída” e reduzir custos. De acordo com Michelle Cristina Kunzler, o programa foi criado em um momento em que a Previdência Social sofria com enormes gastos relacionados ao auxílio-doença. As despesas haviam quadruplicado no período de 2000 a 2007 e exigiam providências por parte da autarquia¹.

Assim, após as primeiras experiências com a Orientação Interna INSS nº 130/2005, o sistema foi regulado por meio do Decreto nº 5.844/2006, responsável por alterar a redação do art. 78 do Decreto nº 3.048/1999 mediante a inclusão do § 1º, prevendo, a partir de então, a possibilidade de dispensa de nova perícia, caso a avaliação médico-pericial entendesse suficiente o prazo preestabelecido para a recuperação do segurado. Em consequência, reduziu-se o número de perícias, a quantidade de peritos e o tempo de espera para a realização da perícia².

No entanto, apesar de ter promovido uma maior racionalização do uso da estrutura médico-pericial, a alta programada passou a receber duras críticas na medida em que o motivo para a cessação do benefício tornava-

1 KUNZLER, Michelle Cristina. Cobertura Previdenciária Estimada (COPES): gestão pública versus legalidade. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília/DF, n. 09, p. 262, jan./dez. 2016.

2 *Idem*, p. 263.

-se uma previsão abstrata e probabilística de cura, e não propriamente uma avaliação concreta com maior grau de certeza.

Temia-se que o novo sistema trouxesse instabilidade na proteção previdenciária. Parte da doutrina, na época, entendia que a alta programada se afastava do ideal, gerando insegurança para aqueles que, ainda incapacitados para o trabalho, precisavam retornar às suas atividades enquanto aguardavam a apreciação de recursos administrativos³.

Nesse ínterim, o segurado era obrigado a voltar ao trabalho. O pedido de prorrogação da alta não garantia, por si só, o restabelecimento do benefício cessado. Havia, assim, certo prejuízo para o direito de defesa e de contraditório do segurado afastado, comprometendo o famigerado princípio do devido processo no âmbito administrativo.

Embora outra parte da doutrina não vislumbrasse abusos no COPES⁴, o Decreto nº 5.844/2006 apresentava também outro problema. Sua redação contrariava o princípio estabelecido no art. 62 da Lei nº 8.213/1991, segundo o qual a cessação do benefício é condicionada à recuperação do segurado. Nesse sentido, era ônus do INSS comprovar a capacidade laboral do segurado, sendo incabível, à luz da Lei de Benefícios, a cessação da incapacidade por uma presunção.

A ausência de amparo legal colocava em risco o êxito do COPES, razão pela qual muitas demandas individuais foram levadas ao Poder Judiciário, assim como diversas ações civis públicas. Coube ao Ministério da Previdência Social tentar convencer os Tribunais acerca da legitimidade da alta programada. A alternativa restante seria adaptar a Lei nº 8.213/1991 ou o Decreto nº 3.048/1999.

2 O PRECEDENTE RECENTE DA TNU

Inicialmente, a batalha do INSS nos Tribunais foi em vão. A legalidade do COPES não foi reconhecida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do REsp 1.034.611⁵, e tampouco no âmbito

3 GUELLER, Martha Maria Ruffini Penteado. Auxílio-doença. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, a. VIII, n. 31, p. 19, jul./set. 2008.

4 CARDOSO, Oscar Valente. Auxílio-doença e alta programada: procedimento em baixa? *Revista SÍNTESE Direito Previdenciário*, São Paulo, a. XI, n. 48, p. 29-30, maio/jun. 2012.

5 Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.034.611, Rel. Min. Napoleão Nunes, DOU de 26.05.2008.

da Turma Nacional de Uniformização dos JEFs, como se vê no PEDILEF 0501304.33.2014.4.05.8302⁶.

Diante da jurisprudência desfavorável⁷, o Ministério da Previdência Social procurou ponderar melhor os interesses dos segurados e do INSS alterando novamente o regulamento, razão pela qual sobreveio o Decreto nº 8.691/2016 para permitir a prorrogação do auxílio-doença tão somente por solicitação do segurado até a realização de nova perícia.

Desde a mudança no regulamento, se o prazo estabelecido para a alta não é o suficiente para a recuperação da capacidade laboral, o segurado pode valer-se de pedido de prorrogação e obter, tão somente por seu inconvênio, em respeito ao seu direito de ampla defesa, a continuidade no pagamento do benefício, contanto que protocole o Pedido de Prorrogação (PP) antes dos 15 dias que antecedem a data prevista para a cessação.

Essa mudança foi fundamental para o aperfeiçoamento do COPES, pois não só fez ressurgir a “perícia de saída” nos casos em que o segurado pretende ser reavaliado como também obrigou o INSS a agir com celeridade nesta situação. Antes, a perícia ocorria sem garantia de prazo razoável de espera, enquanto o segurado nada recebia. Agora, a autarquia procura resolver com rapidez a situação para não pagar o benefício sem motivo.

Além disso, para evitar discussões sobre a legalidade do COPES, a Lei nº 8.213/1991 foi alterada pelas Medidas Provisórias nº 739/2016 e nº 767/2017, esta posteriormente convertida na Lei nº 13.457/2017, de modo que o art. 62 passou a prever tanto a possibilidade da alta programada no auxílio-doença (§ 8º) quanto a preservação do benefício em caso de pedido de prorrogação (§ 9º).

Assim, ao reapreciar a matéria recentemente, a Turma Nacional de Uniformização dos JEFs afetou o PEDILEF 0500774-49.2016.4.05.8305 como representativo de controvérsia (Tema nº 164) e, considerando as mudanças na legislação, definiu a tese segundo a qual os benefícios podem ter data de cessação prefixada, sem necessidade de realização de nova perícia, desde que garantida ao segurado a possibilidade de prorrogação, mediante

6 Brasil, Turma Nacional de Uniformização dos JEFs, Pedido de Interpretação de Lei Federal nº 0501304.33.2014.4.05.8302, Rel. Juiz Fed. Frederico Koehler, publicado no DOU de 18.12.2015.

7 Em especial, a condenação do INSS na Ação Civil Pública nº 2005.33.00.020219-8, proposta pelo Ministério Público Federal, por ter sido obrigado a manter o pagamento do benefício até a realização da “perícia de saída”.

requerimento, com a manutenção do pagamento até a realização da perícia médica.

3 O DECRETO Nº 8.691/2016 COMPATIBILIZA OS INTERESSES EM JOGO?

A decisão recente da TNU adota a premissa segundo a qual as alterações legislativas anteriormente mencionadas promoveram um aperfeiçoamento no COPES, compatibilizando melhor os interesses de segurados, empregadores e INSS.

3.1 O DIREITO DE CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Pela sistemática em vigor, a alta programada não macula o direito ao devido processo legal. O auxílio-doença só cessa quando, após a utilização do PP, o segurado for considerado apto em nova perícia médica nos moldes da antiga “perícia de saída”. Em permanecendo o inconformismo, o regulamento ainda permite ao segurado valer-se de Pedido de Reconsideração (PR), hipótese em que o benefício não se prorroga de forma automática, como no caso do PP.

Portanto, é somente após a realização da perícia solicitada em PP que o benefício cessa, caso o segurado seja considerado apto. Assim, para o INSS, a nova configuração satisfaz as exigências de usar racionalmente os recursos humanos no setor de perícia, pois a “perícia de saída” só se realiza nos casos de PP, o que, segundo a autarquia, não ocorre na ampla maioria dos benefícios⁸.

Desse modo, o regime jurídico previsto atualmente na Lei nº 8.213/1991 protege o direito dos segurados de serem assistidos em situação de incapacidade laboral, inclusive com a manutenção do pagamento até a realização de nova perícia, preservando, de outro lado, a desburocratização do auxílio-doença com redução do custo com perícias médicas desnecessárias.

3.2 Os EFEITOS NO CONTRATO DE TRABALHO

Conforme se infere da CLT e da Lei nº 8.213/1991, o recebimento do auxílio-doença é capaz de paralisar os efeitos principais do contrato de

⁸ Brasil, Turma Nacional de Uniformização dos JEFs, Pedido de Interpretação de Lei Federal (PEDILEF) nº 0500774-49.2016.4.05.8305, Rel. Juiz Fed. Fernando Moreira Gonçalves, DOU de 23.04.2018.

trabalho, gerando sua suspensão ou interrupção⁹, a depender da causa do afastamento¹⁰.

Se o benefício tiver origem em acidente de trabalho, tem-se uma interrupção, eis que, além da CLT computar o período como tempo de serviço (art. 4º, § 1º), permanece ao empregador a obrigação de fazer os recolhimentos do FGTS (art. 15, § 5º, Lei nº 8.036/1990). Caso contrário, tem-se uma suspensão à medida que não remanesce qualquer obrigação remuneratória a cargo do empregador.

Em ambos os casos, ressalta-se, não havendo justa causa para o desligamento, fica vedado ao empregador dispensar o empregado durante o afastamento¹¹. Além disso, havendo a alta pelo INSS, o contrato é retomado imediatamente, obrigando o empregado a retornar às atividades, sob pena de caracterização de abandono de emprego. Se a causa do benefício é acidentária, o empregado não pode ser dispensado sem justa causa (art. 118 da Lei nº 8.213/1991); se a causa não é acidentária, inexistente óbice à dispensa, salvo disposição contrária em acordo ou convenção coletiva.

As incertezas geradas pelo COPES, posteriormente ampliadas pela oscilação da jurisprudência a seu respeito, atingiam as duas partes do contrato de trabalho e deixavam muitas dúvidas. Independentemente da causa do auxílio-doença (acidentário ou não), o empregado era obrigado a retornar ao trabalho enquanto não apreciado seu PP? Haveria abandono de emprego se o PP levasse muito tempo para ser apreciado? Quem arcaria com a remuneração do segurado neste interstício: INSS ou empresa?

As incertezas não paravam por aí. Se a causa do benefício não fosse um acidente de trabalho o empregador poderia romper o contrato sem justa causa. Porém poderia o empregador romper o contrato na pendência de apreciação de pedido de prorrogação? Poderia confiar na alta programada do INSS?

Evidentemente, os efeitos no contrato de empregado afastado por auxílio-doença sempre merecerão toda a cautela do empregador quando

9 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 522.

10 Nos primeiros 15 dias de afastamento, a obrigação de remunerar o empregado é do empregador. A jurisprudência do STJ tem considerado que a verba não possui natureza salarial por não haver prestação de serviço, motivo pelo qual não há incidência de contribuição previdenciária (REsp 1.571.560). Por essa razão, pode-se afirmar que, nos primeiros 15 dias de afastamento, independentemente do benefício ser acidentário ou não, há uma suspensão no contrato.

11 MUSSI, Cristiane Miziara. Os reflexos jurídicos do recebimento do auxílio-doença no contrato de emprego. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, a. IX, n. 34, p. 83, abr./jun. 2009.

a incapacidade laboral mostrar-se controvertida, sobretudo quando o próprio empregador entende que o segurado não possui condições de exercer seu labor¹². Mas, sem dúvida, a nova sistemática do COPES trouxe mais segurança jurídica às partes do contrato, ao menos durante o período de prorrogação do benefício.

3.3 O TERMO INICIAL DO AUXÍLIO-ACIDENTE

Uma das preocupações com a eliminação da chamada “perícia de saída” era o fato de criar prejuízo ao segurado na concessão do auxílio-acidente.

Segundo João Batista Lazzari e Carlos Alberto Castro, o segurado era prejudicado com o fim da perícia final por não ter meios de postular o referido benefício indenizatório, nem mesmo pelo serviço de agendamento do INSS¹³, ficando, assim, comprometida a possibilidade de conversão imediata do auxílio-doença em auxílio-acidente.

Com efeito, o momento de constatação de eventuais sequelas oriundas de acidente de trabalho era a chamada “perícia de saída”. Ora, sem uma perícia médica específica para a alta e sem a possibilidade de postulação administrativa, os segurados perdiam tempo para requerer o auxílio-acidente. O direito a este benefício não ficava comprometido, mas o seu termo inicial sim.

Embora essa questão não tenha sido abordada na decisão da TNU, o problema envolvendo o termo inicial do benefício acabou sendo dirimido paralelamente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Coincidência ou não, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que, mesmo nos casos de eventual postulação em juízo, deve prevalecer como termo inicial do auxílio-acidente a data seguinte à da alta no auxílio-doença, independentemente da realização da “perícia de saída” (REsp 1.095.523)¹⁴.

Essa posição do STJ é sólida não só pelos exatos termos do art. 86, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, mas também porque foi construída de forma progressiva na Corte. A definição do termo inicial dos benefícios foi objeto

12 MUSSI, Cristiane Miziara. Op. cit., p. 79.

13 LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto de Castro. *Manual de direito previdenciário*. 17. ed. São Paulo: Forense, 2015. p. 801.

14 Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.095.523, Relª Min. Laurita Vaz, DOU de 05.11.2009.

do REsp 1.369.165, afetado como representativo de controvérsia (Tema nº 626) em um caso de aposentadoria por invalidez, ocasião em que ficou pacificado o entendimento segundo o qual a citação deve ser considerada o termo inicial para a implantação da aposentadoria por invalidez concedida na via judicial, quando ausente a prévia postulação¹⁵.

Após esse julgado, o Tribunal adotou o mesmo entendimento para outros casos, como aposentadoria por idade (REsp 1.450.119) e pensão especial de ex-combatente (REsp 1.451.685), até tornar-se objeto da Súmula nº 576, publicada no DOU de 27.06.2016.

Apesar de o verbete fazer referência à aposentadoria por invalidez, bem como firmar a data do requerimento administrativo como data de início do benefício, foi fundamental para rechaçar antigas teses, segundo as quais o início deveria ser a data da perícia judicial ou necessariamente a data da citação. Assim, os precedentes influenciaram o STJ a aplicar os exatos termos do art. 86, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 para a fixação do termo inicial do auxílio-acidente na data seguinte à da alta do auxílio-doença.

Desse modo, também nesse particular não há motivo para temer a implantação definitiva do COPES, uma vez que o entendimento do STJ ampara os interesses dos segurados e deve influenciar a prática administrativa na gestão do auxílio-acidente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Programa de Cobertura Previdenciária Estimada foi instituído com o propósito de dar agilidade ao processamento do auxílio-doença e reduzir custos com a gestão das perícias. Todavia, sua legitimidade sempre foi motivo de controvérsia. Além dos direitos previdenciários dos segurados, o sistema de alta programada também causava instabilidade nas relações de emprego.

Após as alterações promovidas na Lei nº 8.213/1991 pelas Medidas Provisórias nº 739/2016 e nº 767/2017, esta posteriormente convertida na Lei nº 13.457/2017, assim como as mudanças feitas no Decreto nº 3.048/1999 pelo Decreto nº 8.691/2016, o COPES aperfeiçoou-se. Em

15 Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.369.165, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DOU de 07.03.2014.

consequência, a jurisprudência que anteriormente lhe era avessa foi revista no julgamento do PEDILEF 0501304.33.2014.4.05.8302 pela TNU.

De acordo com o novo entendimento firmado, a alta programada é lícita desde que garantido ao segurado a possibilidade de revisão da data da cessação, mediante requerimento próprio (pedido de prorrogação) apresentado até 15 dias antes da programação de alta, com a manutenção do pagamento do benefício até a realização de nova perícia.

Assim, na configuração jurídica ora vigente, o COPES contorna antigos argumentos dirigidos contra ele. Em primeiro lugar, não se macula mais o direito do segurado ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, posto que o segurado não é mais vítima de uma presunção. Ao contrário, sendo do seu interesse, haverá uma “perícia de saída”.

Além disso, há mais segurança jurídica para as relações de emprego à medida em que, atualmente, inexistem dúvidas sobre a situação do contrato de trabalho durante o período de prorrogação do benefício. Os empregadores ficam em situação mais confortável para valer-se do poder disciplinar em caso de falta, demitir por abandono de emprego, demitir sem justa causa, calcular verbas trabalhistas e recolher corretamente as contribuições previdenciárias.

Por outro lado, em função da jurisprudência consolidada do STJ, não há risco de prejuízo na eventual concessão de auxílio-acidente pela falta de uma perícia específica para a alta médica. Segundo a Corte, o termo inicial do referido benefício é o dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença.

Portanto, o Programa de Cobertura Previdenciária Estimada supera algumas das críticas que vem enfrentando desde a sua criação. Por certo, o caminho para o aperfeiçoamento não deve parar, inclusive para que, no futuro, haja oferta de especialistas relacionados às patologias dos segurados, aumentando-se a confiança na alta programada.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Oscar Valente. Auxílio-doença e alta programada: procedimento em baixa? *Revista SÍNTESE Direito Previdenciário*, São Paulo, a. XI, n. 48, p. 9-30, maio/jun. 2012.

GUELLER, Martha Maria Ruffini Penteado. Auxílio-doença. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, a. VIII, n. 31, p. 11-27, jul./set. 2008.

KUNZLER, Michelle Cristina. Cobertura Previdenciária Estimada (COPES): gestão pública versus legalidade. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília/DF, n. 09, p. 257-276, jan./dez. 2016.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto de Castro. *Manual de direito previdenciário*. 17. ed. São Paulo: Forense, 2015.

MUSSI, Cristiane Miziara. Os reflexos jurídicos do recebimento do auxílio-doença no contrato de emprego. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, a. IX, n. 34, p. 61-86, abr./jun. 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.