

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
BACHARELADO EM DIREITO

JÚLIO HENRIQUE CONCEIÇÃO MOTA

**LIMBO PREVIDENCIÁRIO: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE DANO MORAL
ANTE A MORA E OS ERROS DO INSS**

SANTA RITA – PB
2022

JÚLIO HENRIQUE CONCEIÇÃO MOTA

**LIMBO PREVIDENCIÁRIO: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE DANO MORAL
ANTE A MORA E OS ERROS DO INSS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Departamento de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal da
Paraíba, como parcial exigência para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vieira de Moura

SANTA RITA – PB

2022

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

M9171 Mota, Júlio Henrique Conceição.

Limbo previdenciário: a possibilidade de aplicação de dano moral previdenciário ante a mora e os erros do INSS / Júlio Henrique Conceição Mota. - Santa Rita, 2022.

67 f.

Orientação: Paulo Vieira de Moura.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/Santa Rita.

1. Limbo previdenciário. 2. Responsabilidade civil do estado. 3. Dano moral previdenciário. I. Moura, Paulo Vieira de. II. Título.

UFPB/BS/DCJ

CDU 34

JÚLIO HENRIQUE CONCEIÇÃO MOTA

**LIMBO PREVIDENCIÁRIO: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE DANO MORAL
ANTE A MORA E OS ERROS DO INSS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Departamento de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal da
Paraíba, como parcial exigência para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vieira de Moura

Data de aprovação: ____ de _____ de 2022.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Paulo Vieira de Moura

Prof. Ms. Adriana dos Santos Ormond

Prof. Ms. Guthemberg Cardoso Agra de Castro

Dedicado a Maria Júlia da Conceição (*in
memorian*).

AGRADECIMENTOS

Não há conquista individual sem ajuda daqueles que o cercam. Portanto, em primeiro lugar, agradeço a Deus por ter abençoado o meu caminho e dado-me saúde e sabedoria para que eu pudesse tomar as melhores decisões na vida acadêmica e pessoal.

Agradeço, também, a minha avó, Maria Júlia (*in memorian*), a quem este Trabalho de Conclusão de Curso é dedicado, pessoa com quem aprendi o significado do amor, e que auxiliou meus pais na minha criação. Junto ao meu avô, Inácio, Dona Júlia saiu do interior de Pernambuco, ambos analfabetos, para construir, em Recife, uma família sólida e afetuosa. Querida vó Júlia, prometi que iria me formar e que a gente comemoraria bastante, infelizmente Deus a levou antes que pudéssemos celebrar juntos, espero que esteja feliz pelo que conquistei junto ao nosso pai.

Destaco, ainda, que esta conquista não existiria sem que meus pais, Sandro José da Conceição e Rosiane Conceição Mota, acreditassem em mim. Em meio a dificuldades financeiras, eles fizeram sacrifícios pessoais para que eu pudesse morar sozinho, inicialmente em Santa Rita/PB e logo depois em João Pessoa/PB, para que pudesse cursar Direito na Universidade Federal da Paraíba. Dessa forma, deixo meu agradecimento e meu amor por ambos.

Sou grato a Jucielly Menezes, minha namorada, por ter auxiliado-me durante o curso, realizado trocas de conhecimentos e apoiado nas decisões que tomei. Você é sinônimo de força, perseverança e amor, sendo imensamente importante nesta caminhada.

Agradeço as minhas tias: Sandra Maria da Conceição, Silbene Maria da Conceição, Andreza Maria da Conceição e Rosemary Mota. Sou um sobrinho sortudo por ter tantas tias que me querem bem e dispostas a ajudar no que for necessário.

Por fim, agradeço aos meus primos, principalmente Rafael Henrique Fortunato que sempre foi fonte de inspiração e de sábios conselhos, sogros, amigos, professores, dos quais quero deixar registrado: Victor Gonçalves, advogado competente a quem tive honra de prestar serviços como estagiário, momento ao qual me aproximei ao Direito Previdenciário e Trabalhista, e Paulo Vieira de Moura, por ser um orientador dedicado e prestativo.

RESUMO

O art. 41-A, § 5º da Lei nº 8.213/91, o art. 49 da Lei nº 9.784/99 e o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1171152, estabelecem prazo para que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) analise os pedidos benefícios previdenciários, inclusive os benefícios por incapacidade. Contudo, diante da ausência de consequências legais, o INSS descumpre os prazos reiteradamente. Com isso, o trabalhador incapaz, é impelido ao limbo previdenciário situação de vulnerabilidade. De igual modo, o segurado que teve seu benefício previdenciário negado indevidamente sofre as consequências do limbo previdenciário. O objetivo do trabalho é analisar a possibilidade de aplicação do instituto do dano moral previdenciário em face aos erros e mora do INSS nos requerimentos administrativos de benefícios por incapacidade. Este objetivo terá alcance a partir de uma pesquisa exploratória e bibliográfica, permitindo a familiarização com o tema em questão, para que se possa compreender os termos em debate, mormente limbo jurídico previdenciário e dano moral previdenciário, para que o assunto seja analisado sob a ótica dos princípios previdenciários; além de documental por buscar acesso aos dispositivos legais e jurisprudenciais, para que se entenda qual o entendimento legal e jurisprudencial acerca do tema. Refere-se a uma pesquisa pura, sendo observado que o fim de tal pesquisa é ampliar o conhecimento acerca do tema. O limbo previdenciário gera danos ao segurado que não foi protegido pelo INSS, a aplicação do dano moral previdenciário ao segurado que foi imposto ao limbo previdenciário deve servir como forma de tanto inibir a mora/erros no julgamento de requerimentos administrativos, como, também, de indenizar o dano psíquico sofrido pelo lesado.

Palavras-chave: Limbo previdenciário. responsabilidade civil do estado. dano moral previdenciário.

ABSTRACT

The Article 41-A, § 5º, of the Law nº 8.213/91, the Article 49 of the Law nº 9.784/99 and the Federal Supreme Court (STF), in the trial of the Extraordinary Appeal nº 1171152, set a deadline for the National Institute of Social Security (INSS) analyzes the requests of social security benefits, including the benefits for disability. However, in the absence of legal consequences, the INSS repeatedly misses the deadline. With that, the unable worker is impelled to the pension limbo, vulnerable position. Equally, the insured who had his social security benefit improperly denied suffer the consequences of the pension limbo. The objective of this work is to analyze the possibility of applying the moral damage institute in view of the errors and delays of the INSS in the requests of benefits for disability. This objective will have reach from a exploratory and bibliographic search, allowing familiarization with the subject matter in question, so that you can understand the terms in debate, mainly pension legal limbo and pension moral damage, so that the subject be analyzed under the optics of the pension principles; in addition to documental to seek the access to the legal devices and the case law, in order to understand which is legal interpretation and case law of the theme. It refers to a pure research, being observed that the end of such research is enlarge the knowledge about the theme. The pension limbo causes damages to the social insured that wasn't protect for the INSS, the application of social security moral damage to the insured that was imposed on the pension limbo must serve as a way of both inhibit the delay/errors in the decision on any administrative appeals, as well as to indemnify psychological damage suffered by the injured.

Key-words: Pension Limbo; State Civil Liability; Damage

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE	15
2.1	AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA	19
2.1.1	Auxílio por incapacidade temporária acidentário e auxílio por incapacidade temporária comum	21
2.1.2	Carência	22
2.1.3	Renda Mensal Inicial	25
2.2	APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE	26
2.2.1	Aposentadoria por incapacidade permanente comum e aposentadoria por incapacidade permanente acidentária	28
2.2.2	Renda Mensal Inicial	28
2.2.3	Assistência permanente de outra pessoa	30
2.3	TEMPO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE	31
3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	35
3.1	RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA	37
3.2	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO	40
3.3	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS POR LEI OU REGULAMENTO	42
3.4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS MORAIS	45
4	LIMBO PREVIDENCIÁRIO	48
4.1	LIMBO PREVIDENCIÁRIO PELA DIVERGÊNCIA DE LAUDO MÉDICO PERICIAL	51
4.2	LIMBO PREVIDENCIÁRIO PELA INCORRÊNCIA DE ERRO NA ANÁLISE DE OUTROS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO	56
4.3	DANO MORAL PREVIDENCIÁRIO	62
5	CONCLUSÃO	65
6	REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso busca discutir o tema do limbo previdenciário e suas repercussões para o segurado incapaz. Tal discussão faz-se necessária devido à demora e aos erros do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) na análise dos benefícios por incapacidade, bem como diante da ausência de consequências punitivas no caso dos atos ilícitos praticados, seja na forma comissiva como na forma omissiva.

O art. 41-A, § 5º da Lei nº 8.213/91 estabelece o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para realização do primeiro pagamento do respectivo benefício requerido, contados a partir da apresentação de toda documentação necessária. Por outro lado, o art. 49 da Lei nº 9.784/99 firma o prazo de 30 dias para decisão da autoridade administrativa sobre processos, solicitações e reclamações que lhe forem submetidos. Por último, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1171152, homologou acordo firmado entre Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o Ministério Público Federal (MPF) que fixou o prazo de 45 dias para que a autarquia previdenciária analise os pedidos de auxílio por incapacidade.

Contudo, diante da ausência de consequências legais, o INSS descumpre os prazos reiteradamente, tornando o texto legal, bem como o acordo judicial apenas decorativo. Com isso, o trabalhador incapaz, é impelido ao limbo previdenciário situação de vulnerabilidade, pois este não receberá qualquer remuneração, tampouco o benefício previdenciário que lhe era devido, fato que gera um impacto pessoal, familiar e social, criando obstáculos para uma vida digna. De igual modo, o segurado que teve seu benefício previdenciário negado indevidamente sofre as consequências do limbo previdenciário.

Questiona-se, portanto, a possibilidade de aplicação do dano moral previdenciário e a consequente responsabilização do INSS por mora/erro como forma de coibir tais atos ilícitos, conforme as análises doutrinárias e as decisões dos nossos tribunais, buscando solução para o referido impasse com base nos princípios que regem nosso ordenamento jurídico previdenciário e trabalhista.

Para além da teoria, o correto cumprimento dos prazos para concessão de benefícios previdenciário e a falta de zelo na análise dos benefícios previdenciários invade o cotidiano de pessoas que possuem direito ao correto e eficaz julgamento dos

seus requerimentos de benefício previdenciário. Contudo, na prática, tais pessoas podem ter este direito mitigado pela não aplicação da legislação federal por parte da autarquia previdenciária.

Não se trata, destarte, de um simples debate, pois a discussão a ser realizada neste trabalho permitirá entender a possibilidade de condenação por dano moral previdenciário em face dos atos ilícitos praticados pelo INSS, quando este descumprimento impor o segurado ao limbo previdenciário.

É, portanto, objetivo principal deste presente trabalho de conclusão de curso analisar a possibilidade de aplicação de dano moral previdenciário em favor do segurado que foi impelido ao limbo previdenciário devido aos erros na análise de critérios objetivos no julgamento de requerimentos de benefícios por incapacidade, bem como pelo descumprimento do art. 41-A, §5º, da Lei nº 8.213/91; do art. 49 da Lei nº 9.784/99; ou do Recurso Extraordinário nº 1171152 pelo Instituto Nacional de Seguro Social.

A fim de auxiliar no alcance dessa finalidade máxima, são objetivos específicos: examinar a aplicação dos princípios reserva do possível no âmbito previdenciário, buscar conhecimento científico sobre o conceito de limbo previdenciário, analisar o entendimento que vem sendo adotado pelos tribunais federais e superiores, acerca da possibilidade de aplicação de dano moral previdenciário, entender como a mora ou erro do INSS interferem na garantia oferecida constitucionalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Metodologicamente, a pesquisa classifica-se como bibliográfica e documental. Bibliográfica para que fosse possível haver a familiarização com o tema em questão, permitindo que se possa compreender os termos em debate, mormente limbo jurídico previdenciário e dano moral previdenciário, para que o assunto seja analisado sob a ótica dos princípios previdenciários. Documental por buscar acesso aos dispositivos legais e jurisprudenciais, para que se entenda qual o entendimento legal e jurisprudencial acerca do tema.

Sobre a tipologia de pesquisa, conforme a utilização de resultados, trata-se de uma pesquisa pura, sendo observado que o fim de tal pesquisa é ampliar o conhecimento acerca do tema. Acerca da abordagem, é uma pesquisa qualitativa, devido ao objetivo de acrescentar conhecimento, e não de contribuir diretamente com dados científicos, e dedutiva, por partir de uma análise de informações já estabelecidas e conhecidas, em busca de uma conclusão acerca da aplicação do

dano moral previdenciário nos casos em que o segurado é impelido ao limbo jurídico previdenciário. Quanto aos objetivos, é descritiva, pois objetiva descrever situações relacionadas à aplicação do dano moral frente à mora culposa ou erro do INSS, e exploratória, buscando familiarização com o tema em questão.

O presente trabalho está dividido em três capítulos, tratando o primeiro deles dos benefícios por incapacidade no qual se explica o conceito de benefícios previdenciário diferenciando o auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente. Para tanto é necessário expor as particularidades de cada espécie de benefício, diferenciando-os na carência, fórmula de cálculo da Renda Mensal Inicial e tempo para concessão do benefício respectivos.

O segundo capítulo trata sobre a Responsabilidade Civil do Estado, momento em que é diferenciado a Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado, bem como a possibilidade de aplicação da responsabilização estatal por atos omissivos e por lei e atos normativos ou regulamentares. Dessa forma, é possível vislumbrar a possibilidade de aplicação de tais formas de Responsabilidade Civil do Estado ao Dano Moral Previdenciário.

Por último, estuda-se o Limbo Previdenciário bem como suas características e danos aos segurados incapazes. Com isso, separa-se o limbo previdenciário gerado pela divergência do laudo médico pericial e o do médico do trabalho, do limbo previdenciário pela incorrência de erro na análise de outros requisitos para concessão do benefício de incapacidade, a fim de entender em quais casos será possível aplicar o dano moral previdenciário.

2 BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

A seguridade social, conforme prevê o *caput* do art. 194 da Constituição Federal de 1988, “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. (BRASIL, 1988) No parágrafo único deste artigo observa-se que ele estabelece a competência do poder público para promover a organização da seguridade social e, logo em seguida, nos incisos determina que os objetivos da seguridade social é a: Universalidade da cobertura e do atendimento; Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; Irredutibilidade do valor dos benefícios; Equidade na forma de participação no custeio; Diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite e, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, pode-se entender que a seguridade social brasileira possui três sustentáculos, o direito à saúde, à assistência social, e à previdência social. Dessa forma, com a consolidação deste modelo securitário, o Estado passa a se responsabilizar por alguns riscos sociais que antes eram suportados exclusivamente pelo indivíduo e por sua família.

Com isso, é possível vislumbrar a seguridade social como forma de efetivação dos Direitos Sociais dispostos no art. 6º da Constituição Federal, a seguir transcrito: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988). Por conta destas características os professores Daniel Machado Da Rocha e Eugélio Luis Müller (2021, p. 29) defendem a tese de que o direito à seguridade social possui natureza de direito público subjetivo, conforme a literalidade à baixo:

Isso faz com que o direito à seguridade social seja considerado um direito público subjetivo, a necessitar de uma atuação estatal e

permitindo que o indivíduo, na inércia do Estado no atendimento a estas, possa demandá-lo, exercitando o direito de ação.

Inserida no Capítulo II (SEGURIDADE SOCIAL) do Título IV (ORDEM SOCIAL) da Constituição Federal, a previdência social é regulamentada de forma específica pelos arts. 201 e 202 do Texto Maior, momento em que tratará de forma minuciosa sobre os riscos sociais que a previdência terá obrigação de suportar, como se percebe do art. 201, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º (BRASIL, 1988)

Deve-se perceber que já no *caput* do art. 201, da Constituição Federal é disciplinado o caráter contributivo e de filiação obrigatória da previdência social. Tal característica distinguem fundamentalmente o direito à Previdência Social do direito à Saúde e Assistência Social (ROCHA, MÜLLER, 2021, p. 35). Isso porque para exigir a prestação previdenciária é necessário que o indivíduo atenda aos requisitos do benefício pleiteado (carência, qualidade de segurado, tempo de contribuição), fato que será analisado a fundo nos capítulos dos respectivos benefícios.

O fato de a previdência social estar inserida na Carta Magna integrando o tripé ao lado da saúde e da assistência social, possibilitou que algumas garantias constitucionais fossem estabelecidas, com finalidade de garantir a preservação do direito à dignidade da pessoa humana¹. Com isso, o Texto Maior no art. 201, §2º (BRASIL, 1988) estabelece que nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado será menor que um salário

¹ O direito à dignidade da pessoa humana está insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). Tal princípio constitucional possui o intuito de garantir as necessidades vitais dos indivíduos, assegurando, além do direito à vida, o direito a uma vida digna.

mínimo. Tal disposição constitucional também deverá ser levada em conta para fins de concessão dos benefícios por incapacidade (auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente). Por conta disso, apesar de cada benefício possuir uma forma própria de ser calculada a Renda Mensal Inicial (RMI), o valor do benefício concedido não poderá ser inferior a um salário mínimo. É de suma importância explicar que, nos termos do art. 86, §1º, 8.213/1991, o auxílio-acidente, por ter caráter indenizatório e não possui a função de substituir a renda mensal do segurado, não goza de tal disposição (BRASIL, 1991).

Faz-se pertinente expor, também, que os segurados da previdência social são igualmente acobertados pelo direito adquirido constitucional nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O direito adquirido, para fins de aplicação previdenciária, garante que, caso o segurado tenha cumprido os requisitos para obtenção do benefício antes que lei mais severa entre em vigor, mesmo que o requerimento do benefício tenha sido feito após a entrada em vigor da lei menos vantajosa, esse indivíduo terá seu direito analisado em conformidade com a lei mais benéfica que estava vigente à época, nos termos do que está disposto no art. 3º da EC 103/2019 que se transcreve a seguir.

Art. 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.

(...)

§ 2º Os proventos de aposentadoria devidos ao segurado a que se refere o caput e as pensões por morte devidas aos seus dependentes serão apurados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios. (BRASIL, 2019)

Cabe mencionar que as prestações previdenciárias possuem natureza alimentar, sendo estas um direito fundamental que exige aplicação efetiva com base nas normas e princípios constitucionais. A fundamentalidade dos direitos previdenciários é inequívoca, pois está intimamente ligada à subsistência humana.

Dessa forma, esses benefícios são direitos subjetivos do segurado e seus dependentes no momento, bastando que haja ocorrência do fato gerador. Pela condição de direito fundamental, os direitos de seguridade social exigem aplicabilidade imediata e efetivação (CAMPOS, 2013, p. 91).

É importante ressaltar que a previdência social é subdividida entre o Regime Geral de Previdência Social e o Regime Próprio de Previdência Social. O primeiro possui como autarquia previdenciária o Instituto Nacional de Previdência Social (INSS), abrangendo os segurados facultativos, contribuintes individuais e demais trabalhadores que não estão vinculados ao serviço público federal, estadual e municipal – bem como esses servidores públicos, na hipótese em que o ente administrativo não possua regime próprio de previdência.

Por outro lado, há o Regime Próprio de Previdência Social, no qual o trabalhador da Administração Pública está vinculado ao instituto de previdência respectivo ao qual o segurado está vinculado, por ser funcionário público. Este regime possui as regras gerais estabelecidas pela Lei nº 9.717/98 (BRASIL, 1998), na qual ficou regulamentada a organização, baseada em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial de cada regulamento próprio que for instituído, para fins de evitar um maior distanciamento das normas gerais do Regime Geral de Previdência Social, o que pode gerar insustentabilidade com o passar do tempo. Tais institutos de previdências são criados sob a forma de autarquia, obedecendo às disposições da Lei nº 9.717/98, e são competentes para analisar o direito do respectivo segurado filiado e, conseqüentemente, conceder ou negar o benefício previdenciário requerido, inclusive os que estão relacionados à ausência ou diminuição da capacidade para trabalho.

O Regime Geral da Previdência Social possibilita ao indivíduo que não exerce atividade laboral formal ou informal a oportunidade de filiar-se à Previdência Social como segurado facultativo, fato que é vedado em qualquer Regime Próprio de Previdência Social. Dessa forma, o cidadão deverá realizar as contribuições por meio de carnê da previdência social, por consequência terá direito aos mesmos benefícios que os demais segurados. Conquanto, os segurados podem deixar realizar as contribuições da previdência social sem qualquer consequência (sendo lhe imposta, apenas, a perda da qualidade de segurado, após o término do período de graça). De outro modo, os segurados obrigatórios são pessoas físicas que, de qualquer forma, exercem atividade remunerada e lícita, independentemente de formalização do

serviço, e possuem o dever de contribuir a previdência social, tendo em vista que exercem atividade remunerada.

Conforme o art. 11 da Lei nº 8.213/91 são segurados da Previdência Social: o empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, o trabalhador avulso e o segurado especial (BRASIL, 1991). No caso do empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, os respectivos empregadores serão incumbidos de realizar as contribuições dos correspondentes empregados. Por outra banda, o contribuinte individual é responsável por realizar suas próprias contribuições, mantendo-se em condições formais. Por último, há o segurado especial, que é o trabalhador rural sob regime de subsistência que, apesar de ser segurado obrigatório da previdência social, não possui o dever compulsório de realizar as contribuições, assim como faz o contribuinte individual, bastando apenas comprovar o exercício de atividade rural em regime de economia familiar.

Neste capítulo, tratar-se-á especificamente dos benefícios por incapacidade: o auxílio por incapacidade temporária, seja na forma acidentária ou comum, e aposentadoria por incapacidade permanente, explicitando o período de carência, tempo para concessão do benefício e cálculo da renda mensal inicial. Cabe explicar que o auxílio-acidente, apesar de estar no rol de auxílios por incapacidade, não será objeto deste estudo, pois se trata de um benefício de caráter indenizatório e não possui relação com o limbo previdenciário, tendo em vista que o segurado ainda possui condições para o trabalho, mesmo que esta aptidão seja reduzida devido à sequela.

Sobre a diferença inicial entre a proteção fornecida pelo auxílio por incapacidade temporária e a aposentadoria por incapacidade permanente, é importante explicitar que a primeira trata sobre doenças que possuem prazo previsível para cessar, sendo a capacidade laborativa recuperada; por outro lado, a aposentadoria por incapacidade trata de uma impossibilidade laborativa sem prazo para ser cessada. Mesmo que seja concedida sob nomenclatura permanente, existe a possibilidade dessa última incapacidade acabar e haver finalização do benefício, devendo o segurado retornar a suas atividades laborais.

2.1 AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA

Inicialmente, é necessário relatar que a Emenda Constitucional nº 103/2019 passou a referir-se ao auxílio-doença como auxílio por incapacidade temporária, sendo tal mudança na nomenclatura do benefício consolidada pelo art. 39 da Portaria 450/2020, que se transcreve: “Conforme art. 26 da EC nº 103, de 2019, o auxílio-doença passa a ser chamado auxílio por incapacidade temporária e poderá ser concedido nas modalidades previdenciária e acidentária, observado, quanto ao cálculo do valor do benefício, o disposto no art. 35” (BRASIL, 2020). Essa modificação fez-se relevante por refletir melhor a natureza da prestação, já que o segurado pode estar acometido de uma enfermidade que não interfira na sua capacidade laborativa, não possuindo, portanto, direito ao recebimento do benefício. Portanto, a doença ou acidente deve estar intimamente ligada à aptidão para trabalhar. Nesse sentido, o professor José Antonio Savaris (2008, p. 58) conceitua o auxílio por incapacidade temporária e o risco social que se pretende defender:

Cabe aqui, então, perquirir qual o risco social protegido pelo auxílio-doença. Não é exatamente a lesão ou a doença, posto que elas podem acontecer sem acometer o segurado de incapacidade. O risco social que ora se pretende proteger é a perda da força de trabalho do segurado por acometimento de uma determinada incapacidade (transitória) para o seu trabalho.

O auxílio por incapacidade temporária é o benefício previdenciário concedido ao filiado da previdência social que estiver sem condições de exercer suas atividades laborais por mais de quinze dias, seja por acidente de trabalho ou por doença comum. Para que seja recebida a prestação da seguridade, é preciso que o segurado seja submetido ao exame médico pericial realizado pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), nos casos de filiação ao Regime Geral da Previdência Social, como dispõe o art. 59 da Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 1991).

Para a caracterização da incapacidade laborativa para fins de concessão de benefício por incapacidade temporária é necessário que a pessoa esteja impossibilitada de desempenhar as funções específicas de uma atividade ou ocupação, em consequência de alterações morfológicas, psicológicas, ou fisiológicas, cumuladas ou alternadas, provocadas por uma doença ou acidente de trabalho ou não. A redução da aptidão, portanto, deve ser avaliada levando em consideração o grau, a duração e a profissão desempenhada. (ALMEIDA, SOARES, 2019)

A incapacidade laborativa classifica-se em parcial ou total. A incapacidade parcial permite o desempenho de atividade, sem risco de vida ou agravamento da respectiva incapacidade. Por outro lado, a incapacidade total torna a atividade impossível e passa a pôr o segurado em risco de vida ou de agravamento da lesão pela continuidade do trabalho. (ALMEIDA, SOARES, 2019)

Por outro lado, a questão da duração da lesão, está diretamente relacionada à concessão do benefício de auxílio por incapacidade temporária ou de aposentadoria por incapacidade permanente. Trata-se de uma incapacidade temporária quando se pode esperar recuperação dentro de prazo previsível ou provável, caso que será motivo para concessão de auxílio por incapacidade temporária. (ALMEIDA, SOARES, 2019)

De outro modo, caso haja um prazo de incapacidade indefinido, o perito não determinará a previsibilidade de retorno da capacidade do segurado com os recursos da terapêutica e reabilitação disponíveis para o tratamento, momento que deverá ser concedida a aposentadoria por incapacidade permanente. (ALMEIDA, SOARES, 2019) A proximidade entre o auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente é bem delimitada por Mozart Victor Russomano (1983, p. 211), segundo o qual:

O auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez guardam visível conexão. Os dois benefícios pressupõem a incapacidade do segurado para o desempenho de sua atividade habitual. A diferença entre ambos reside na intensidade da moléstia e, conseqüentemente, na extensão do tempo de duração do benefício.

Por último, sobre o critério de análise da incapacidade, é necessário expor que a incapacidade deve estar relacionada com a profissão que o segurado exerce. Logo, mesmo que o perito perceba que exista capacidade para o exercício de atividades laborais que são incompatíveis com seu histórico profissional, a incapacidade deve ser configurada.

2.1.1 Auxílio por incapacidade temporária acidentário e auxílio por incapacidade temporária comum

Há que se fazer a diferenciação entre o auxílio por incapacidade temporária comum (b-31) e o auxílio por incapacidade temporária acidentário (B-91). Para que

seja reconhecida a incapacidade acidentária e usufruir do benefício é necessário que seja comprovado o acidente típico, não sendo exigida a formalidade de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, visto que o empregador não poderá se beneficiar da própria torpeza de não registrar de forma correta o empregado e ainda possuir o benefício de não se responsabilizar pelo seu dano acidentário.

As diferenças entre ambas as modalidades do auxílio por incapacidade, dão-se principalmente no âmbito da carência², posto que o auxílio-doença acidentário não possui exigência deste requisito, relevante no outro caso. Por consequência da concessão da modalidade acidentária, o empregado gozará de benefícios trabalhistas, possuindo garantia de emprego por 12 meses após a cessação do benefício, independentemente de concessão posterior de auxílio acidentário. Por outro lado, o empregador será obrigado a continuar realizando o recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) mesmo durante o período de afastamento.

Em ambos os casos de auxílio por incapacidade temporária o empregado terá seu contrato de trabalho interrompido até o 15º dia de incapacidade, momento em que o empregador suportará o ônus e continuará realizando o pagamento da remuneração do trabalhador de forma devida. Contudo, a partir do 16º dia o contrato de trabalho será suspenso, período a partir do qual não haverá pagamento de remuneração por parte do empregador, sendo o INSS responsável por efetuar o pagamento do benefício pleiteado.

Conforme a legislação vigente, o empregado doméstico e o segurado empresário terão todos os períodos de incapacidade suportados integralmente pela Previdência Social, não havendo possibilidade do empregador doméstico suportar os 15 dias iniciais por falta de previsão legal, bem como não há possibilidade da empresa do pequeno empresário suportar os 15 (quinze) dias de incapacidade iniciais devido à Lei nº 9.876/1999 que alterou a redação do art. 60 da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991).

2.1.2 Carência

² O conceito de carência é abordado no tópico 2.1.2. deste trabalho de conclusão de curso.

Inicialmente, é necessário relatar que o art. 24 da Lei de Benefícios da Previdência Social estabelece o conceito de carência como o período mínimo de contribuições mensais necessárias para concessão de um benefício previdenciário, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências (BRASIL, 1991). É importante fazer a distinção entre qualidade de segurado e carência, pois o indivíduo adquire qualidade de segurado ao realizar a primeira contribuição, mantendo esta qualidade de segurado até que cesse o período de graça. Período de graça é o interstício em que se cessa as contribuições previdenciárias, mas que a qualidade de segurado ainda é mantida por 12 meses para os segurados obrigatórios e por seis meses para segurados facultativos.

Para que o indivíduo tenha seu benefício concedido, é necessário que a lesão tenha ocorrido após esse possuir qualidade de segurado, e posteriormente ao preenchimento do requisito da carência. Dessa maneira, o cidadão não pode, com intuito de lesar a previdência social, sabendo que possui uma doença, começar a realizar suas contribuições previdenciárias, desejando receber um benefício por incapacidade referente a essa patologia. Tal entendimento é prelecionado pelos professores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

“O auxílio-doença será devido ao segurado que, após cumprida, quando for o caso, a carência exigida, ficar incapacitado para seu trabalho ou para sua atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao RGPS já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.” (CASTRO, LAZZARI, 2009, pag. 570)

Sobre a carência, o segurado do RGPS na forma ordinária deverá ter cumprido a carência equivalente a 12 contribuições mensais. Contudo, no caso dos benefícios concedidos por virtude de acidente de qualquer natureza (inclusive trabalhista) ou por causa de alguma das doenças especificadas no art. 151 da Lei nº 8.213/1991, a carência não é exigida (BRASIL, 1991).

Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionada no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, esclerose múltipla, hepatopatia grave, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante,

cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (aids) ou contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada. (BRASIL, 1991)

Apesar do legislador utilizar a expressão “as seguintes doenças”, o rol estabelecido pelo art. 151 da Lei 8.213/1991 deve ser considerado de forma exemplificativa, devido à observância do princípio da isonomia e da universalidade de cobertura. Isso porque a legislação previdenciária brasileira iria tratar de forma diferente situações semelhantes, fazendo com que um portador de doença de igual gravidade, porém nova ou de menor conhecimento científico, não gozasse dos mesmos benefícios da legislação, sendo flagrante a quebra na isonomia e, conseqüentemente, do princípio da universalidade de cobertura. Por isso, a análise deve ser realizada caso a caso, compreendendo a extensão de cada tipo de doença grave para a concessão do benefício.

Além do período de carência comum, 12 meses, a pessoa que já possuía qualidade de segurada e que já havia preenchido o requisito carência e deixa de ter esse primeiro requisito, frente à previdência social, por falta de contribuição e extrapolação do período de graça, ao retornar à qualidade de segurado necessitará apenas de seis meses de pagamento de parcelas contributivas para preencher o requisito carência, com objetivo de concessão do benefício de auxílio por incapacidade temporária. Isso porque o art. 27-A da lei 8.213/91 dispõe sobre a carência de retorno, beneficiando, portanto, o segurado, que precisará cumprir com metade da carência do benefício pleiteado – no caso em apreço, metade da carência do auxílio por incapacidade temporária.

Deve-se destacar que a carência de retorno foi objeto de tentativa de mudança legislativa, pois a Medida Provisória nº 871, de 2019 possui redação abolindo este instituto. Dessa forma, os segurados não teriam direito à concessão do benefício caso completassem os 06 (seis) meses de carência, devendo ser cumprido o período integral exigido, conforme se pode perceber do Art. 27-A com redação pela Medida Provisória nº 871, de 2019:

“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.” (BRASIL, 2019 b)

Contudo, ao final do processo legislativo, essa mudança estabelecida pela Medida Provisória mencionada não foi aceita pelo Poder Legislativo, que apesar de ter convertido tal medida provisória na Lei nº 13.846/2019, manteve a redação do art. 27-A da lei 8.213/91 inalterada.

Art. 27-A Na hipótese de perda da qualidade de segurado, para fins da concessão dos benefícios de auxílio-doença, de aposentadoria por invalidez, de salário-maternidade e de auxílio-reclusão, o segurado deverá contar, a partir da data da nova filiação à Previdência Social, com metade dos períodos previstos nos incisos I, III e IV do caput do art. 25 desta Lei. (BRASIL, 1991)

Destaca-se que a carência de retorno pela metade já havia sofrido tentativa de ser abolida pela Medida Provisória nº 739/2016 (BRASIL, 2016) momento em que não houve sucesso, pois também houve reforma por parte do Poder Legislativo que freou a política demasiadamente austera do Poder Executivo. Contudo, o fato de ter sido realizada diversas alterações legislativas tornam mais complexas as análises do benefício requerido, pois o servidor competente será incumbido de realizar uma apreciação muito técnica. Tal fato gera erros na análise dos benefícios causando, principalmente, indeferimentos indevidos, sendo este ônus suportado, exclusivamente, pelos segurados que possuíam direito ao recebimento do benefício, mas que aguardará um período muito extenso para ter seu benefício concedido na via judicial, ou desistirá de pleitear o direito que lhe era devido.

2.1.3 Renda Mensal Inicial

Cada benefício da previdência social possui a forma de cálculo que gerará a Renda Mensal Inicial (RMI). No caso do auxílio por incapacidade temporária, o cálculo da RMI está disciplinado pelo art. 61 da Lei nº 8.213/1991, que estabelece que o auxílio consistirá numa renda mensal correspondente a 91% do salário de benefício (BRASIL, 1991).

Cabe relatar que o cálculo do salário de benefício foi alterado pela EC nº 103/2019 (reforma da previdência), passando a ser calculado sobre 100% do período contributivo contado a partir de julho de 1994, nos termos do art. 26 da Reforma da

Previdência. Caso o benefício seja anterior à reforma da previdência, o cálculo do salário desta prestação devida pelo Instituto Nacional de Seguro Social será 80% das maiores contribuições do período contributivo.

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a N regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. (BRASIL, 2019)

Contudo, caso o benefício tenha sido concedido antes da reforma da previdência, ou o segurado tenha preenchido os requisitos para concessão do auxílio doença antes da EC nº 103/2019, o cálculo do salário de benefício será 80% das maiores contribuições do período contributivo, tendo em vista que esta regra previdenciária é mais favorável ao segurado, pois descartará 20% das contribuições menos vantajosas realizadas pelo contribuinte, nos termos do art. 29, II da Lei nº 8.213/91, conforme segue.

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:
I – para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;
II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo. (BRASIL, 1991)

Apesar da mudança e do conflito jurídico sobre o cálculo do salário benefício após a promulgação da Reforma da Previdência, em ambas as regras de cálculo da Renda Mensal Inicial do benefício do auxílio por incapacidade temporária deverá ser aplicado o valor de 91% sobre o salário de benefício. Porém, sendo o valor inferior a 1 (um) salário mínimo o segurado perceberá ao benefício do salário mínimo vigente no país.

2.2 APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE

Inicialmente é necessário relatar que a Emenda Constitucional nº 103/2019 modificou a nomenclatura do benefício de “aposentadoria por invalidez” para “aposentadoria por incapacidade permanente” (BRASIL, 2019). Tal mudança no termo do benefício foi consolidada pelo art. 40 da Portaria 450/2020: “A aposentadoria por invalidez passa a ser chamada aposentadoria por incapacidade permanente e poderá ser concedida nas modalidades previdenciária e acidentária” (BRASIL, 2020). Entende-se que essa mudança é relevante, pois reflete melhor a natureza do benefício, visto que apesar de estar incapacitado de forma permanente para o exercício de suas funções, não é correto afirmar que o segurado está inválido, principalmente pelo caráter pejorativo que pode ser tomado.

O conceito de incapacidade laborativa, estudado no auxílio por incapacidade temporária, também é utilizado para fins de concessão de benefício por incapacidade permanente. Contudo, no caso da aposentadoria por incapacidade permanente, o benefício é devido ao segurado que está impossibilitado de desempenho das funções por um período que não é possível prever o tempo para recuperação da capacidade laborativa utilizando os métodos de tratamento disponíveis na contemporaneidade. Quem melhor define o conceito de aposentadoria por incapacidade permanente é o Professor Frederico Amado (2017, p. 667):

Em regra, para concessão deste benefício, será imprescindível que o segurado esteja incapacitado de maneira total e permanente para o exercício do trabalho, bem como não haja possibilidade plausível de ser reabilitado para outra atividade laborativa, compatível com suas restrições físicas ou psíquicas decorrentes do acidente ou enfermidade

Tal conceituação torna evidente a natureza provisória com tendência definitiva. Isso porque apesar do senso comum entender que a aposentadoria possui caráter permanente e imutável, no caso da aposentadoria por incapacidade permanente pode haver a cessação do benefício, como bem preceitua os doutrinadores Daniel Machado Rocha e José Paulo Baltazar Junior (2004, p. 179) segundo os quais:

Considerando-se o fato de o pressuposto fundamental do deferimento e da manutenção da aposentadoria por invalidez repousar sobre a ausência de capacidade laborativa do segurado, pode-se afirmar que a natureza do benefício é sempre precária. Paradoxalmente, se o dito estado “definitivamente” incapacitante vem a ser alterado (seja pela

imprecisão dos exames que atestaram a irrecuperabilidade, seja pela evolução das ciências médicas que permitiram debelar a moléstia diagnosticada na época como incurável), não subsiste razão para a manutenção da prestação previdenciária.

Não obstante a coincidência entre os conceitos de aposentadoria por incapacidade permanente e o auxílio por incapacidade temporária, as regras para carência, disposta no tópico 2.1.2 deste trabalho de conclusão de curso, e diferenciação do benefício na forma acidentária ou comum também coincidem, possuindo a aposentadoria por incapacidade permanente o código (b - 32) e a aposentadoria por incapacidade permanente acidentária o código (b - 92), que além de gozar com benefícios de ausência de carência e reflexos trabalhistas, possui a forma de cálculo da Renda Mensal Inicial mais benéfica ao segurado, como será abordado a seguir.

2.2.1 Renda Mensal Inicial

Os benefícios por incapacidade, auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente possuem uma grande diferença com relação à forma de cálculo que gerará a Renda Mensal Inicial (RMI). A aposentadoria por incapacidade permanente possui o cálculo da RMI disciplinado pelo art. 26, da Emenda Constitucional 103/19:

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º A média a que se refere o caput será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social para os segurados desse regime e para o servidor que ingressou no serviço público em cargo efetivo após a implantação do regime de previdência complementar ou que tenha exercido a opção correspondente, nos termos do disposto nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal.

§ 2º O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no caput e no § 1º, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para

cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição nos casos:

(...)

III - de aposentadoria por incapacidade permanente aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º deste artigo; e

§ 3º O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 100% (cem por cento) da média aritmética definida na forma prevista no caput e no § 1º:

I - no caso do inciso II do § 2º do art. 20;

II - no caso de aposentadoria por incapacidade permanente, quando decorrer de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho. (BRASIL, 2019)

Pode-se extrair do texto de lei que a Renda Mensal Inicial da aposentadoria por incapacidade permanente será calculada sobre 60% do salário de benefício, devendo este ser calculado como 100% das contribuições a partir do mês de julho de 1994 (mil novecentos e noventa e quatro). Ocorre que aos segurados que possuírem mais de 20 (vinte) anos de contribuição será acrescido 2% a cada ano de contribuição que exceder 20 (vinte) anos (BRASIL, 2019).

Percebe-se a Reforma da Previdência trouxe uma regra mais severa ao segurado, pois a aposentadoria por incapacidade permanente era calculada sobre 100% do salário de benefício. Além disso, antes da alteração legal, o salário de benefício correspondia a 80% do período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994 até a data de início do benefício, excluindo-se do cálculo 20% das piores contribuições do segurado (BRASIL, 2019). Portanto, caso o segurado tenha a Data de Início de Incapacidade (DII) anterior à reforma da previdência, deverá ter concedida sua aposentadoria por incapacidade permanente sob a regra antiga que é mais favorável ao filiado, devido à proteção do direito adquirido e aplicação do princípio *tempus regit actum*.

No caso da aposentadoria por incapacidade permanente acidentária o cálculo deve obedecer a exceção da legislação prevista pelo §3º, II do art. 26 da Emenda Constitucional 103/19. Dessa forma, o valor da RMI da modalidade acidentária será 100% do valor do salário de benefício, sendo o salário de benefício 100% das contribuições a partir do mês de julho de 1994 (BRASIL, 2019). Percebe-se, então que o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente acidentária não foi alterado pela Reforma da Previdência, apenas o cálculo do salário de benefício, fato que irá diminuir a Renda Mensal Inicial do segurado, mas não impactará tanto quanto no cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente comum.

2.2.2 Assistência permanente de outra pessoa

A aposentadoria por invalidez poderá ter o valor da Renda Mensal Inicial majorado devido à gravidade da incapacidade e a consequente necessidade do beneficiado em ser auxiliado por terceiros. Dessa forma, obedecendo ao art. 45 da Lei de Benefícios da Previdência Social, o valor da RMI será acrescido de 25%, destaca-se que mesmo que a aposentadoria seja concedida no valor do teto do benefício o acréscimo de 25%-deve ser deferido.

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;
- c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão. (BRASIL, 1991)

Com intuito de regulamentar tal dispositivo da Lei Ordinária, o Decreto nº 3.048/1999, no anexo I, lista o número de doenças que implica o auxílio permanente de terceiros: Cegueira total; Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta; Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores; Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível; Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível; Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível; Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social; Doença que exija permanência contínua no leito; Incapacidade permanente para as atividades da vida diária. (BRASIL, 1999).

Contudo, apesar de não relatar, expressamente, que há possibilidade de outras doenças ou acidentes que impliquem em auxílio permanente de terceiros, o rol do Anexo I deve ser interpretado de forma exemplificativa. Portanto, a necessidade de auxílio de terceiro deve ser comprovada por meio de perícia médica, pois havendo limitação apenas para as doenças listadas o rol do Anexo 1 o dispositivo legal se tornaria demasiadamente restritivo. Isso porque o surgimento de novas doenças faz com que o ato regulamentador seja incapaz elencar todas enfermidades que devem dar ensejo ao auxílio permanente de terceiros, sem cometer injustiças.

2.3 TEMPO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

A legislação previdenciária estabelece um prazo para evitar a excessiva demora na concessão dos benefícios pelo INSS. A contagem do prazo dá-se desde que o segurado apresenta o requerimento administrativo à Autarquia Previdenciária, com toda documentação necessária para análise do caso. Preenchido este requisito, o Instituto Nacional de Seguro Social possui 45 dias para realização do primeiro pagamento da prestação previdenciária, nos termos do que disciplina o art. 41-A, § 5º da Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 1991). Conforme o entendimento da doutrina, este prazo deve ser contado do momento em que foi concedido o benefício até o dia da liberação do pagamento.

Art. 41-A. O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 5º O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão. (BRASIL, 1991)

Por outro lado, é necessário compreender que o Supremo Tribunal Federal (STF) homologou acordo, que ficará vigente por dois anos, firmado entre Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o Ministério Público Federal (MPF) que fixou o prazo de 45 dias para que a autarquia previdenciária analise os pedidos de auxílio por incapacidade temporária. A decisão foi tomada no Recurso Extraordinário (RE) nº 1171152 que também estabeleceu o prazo de 45 dias para realização das perícias médicas nos benefícios por incapacidade. O referido acordo foi firmado com intuito de diminuir a quantidade de benefícios que estão na fila de análise da previdência social

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE. PRAZO DE REALIZAÇÃO DAS PERÍCIAS PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE REALIZAÇÃO EM ATÉ 45 DIAS, SOB PENA DA IMPLEMENTAÇÃO AUTOMÁTICA DA PRESTAÇÃO REQUERIDA PELO SEGURADO. LIMITES DA INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS. REPERCUSSÃO GERAL

RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário (i) estabelecer prazo para o Instituto Nacional do Seguro Social realizar perícia médica nos segurados da Previdência Social e (ii) determinar a implantação do benefício previdenciário postulado, caso o exame não ocorra no prazo. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. (RE 1171152 RG, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 09-10-2019 PUBLIC 10-10-2019)

Contudo, apesar do prazo legal de 45 dias ter sido estabelecido, o INSS, diante da ausência de consequências legais, descumpre este prazo reiteradamente, tornando o texto legal meramente decorativo. Com isso, o trabalhador que está impossibilitado de trabalhar, é impelido ao limbo previdenciário, sendo configurado um estado de vulnerabilidade extrema, na qual este não estará recebendo seu salário, tampouco o benefício previdenciário que lhe é devido, fato que gera um impacto pessoal, familiar e social, criando obstáculos para uma vida digna.

Contudo, é necessário destacar que antes da homologação deste acordo, os entendimentos jurisprudenciais pátrios haviam pacificado o entendimento de que o art. 49 da Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999), que estabelece prazo de 30 (trinta) dias para decisão da autoridade administrativa sobre processos, solicitações e reclamações que lhe forem submetidos em matéria de suas atribuições, podendo haver prorrogação por igual período, deveria ser aplicado aos processos administrativos previdenciários no âmbito do INSS, ao invés do prazo de 45 dias, estabelecido pelo art. 41-A, § 5º da Lei nº 8.213/91. Conforme se percebe da ementa da Quinta Turma do TRF da 4ª Região:

2. A prática de atos processuais administrativos e respectiva decisão em matéria previdenciária encontram limites nas disposições dos artigos 1º, 2º, 24, 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, e 41, § 6º, da Lei nº 8.213/91.

3. Deixando a Administração de se manifestar sobre pretensão do segurado mesmo decorridos vários meses de sua apresentação, resta caracterizada ilegalidade, ainda que a inércia não decorra de voluntária omissão dos agentes públicos competentes, mas de problemas estruturais ou mesmo conjunturais da máquina estatal. (TRF4 5069117-30.2013.404.7100, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Rogerio Favreto, juntado aos autos em 25/11/2014)

Os segurados, como último recurso, ante a demora para concessão ou negativa administrativa, podem impetrar mandado de segurança e exigir seu direito líquido e

certo de ter uma resposta administrativa para o que está pleiteando. A melhor definição do direito líquido e certo é concessionada por Hely Lopes Meirelles, segundo o qual:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. (...) Se a sua existência for duvidosa, se a sua extensão ainda não estiver delimitada, se o seu exercício depender de situação e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.” (MEIRELLES, 1991).

No caso, percebem-se três requisitos para que seja configurado o direito líquido e certo. Para ser manifesto em sua existência é necessário, por cautela, enquanto estiver vigente o acordo firmado entre o INSS e o MPF, aguardar o prazo de 45 dias improrrogável para que seja possível impetrar o mandado de segurança, pois somente com a perda deste prazo a autarquia previdenciária estará praticando o ato coator na forma omissiva. Por outro lado, o fato de querer que o INSS prolate a decisão em processo administrativo já preenche o requisito de delimitação do direito. Por fim, o fato de estar apto ao exercício no momento da impetração está intimamente ligado ao fato de não ser possível a dilação probatória no Mandado de Segurança, logo o juiz decidirá pela concessão da segurança analisando as provas eminentemente documentais colacionadas ao processo na inicial.

Contudo, é necessário expor que o Mandado de Segurança, e, concomitantemente, o ajuizamento de uma ação judicial não é a forma mais satisfatória de resolução devido a condições do segurado que se encontra incapacitado, principalmente porque para ser possível impetrar um mandado de segurança o sujeito já teve que suportar uma longa espera do INSS – no mínimo mais de 45 dias. Não obstante, o segurado terá que procurar auxílio de um(a) advogado(a), que confeccionará a petição inicial, a petição será distribuída e seguirá os tramites do Poder Judiciário, para, assim, ser obtido um deferimento em sede de tutela de urgência que terá o teor de ordenar que o INSS prolate uma decisão no processo administrativo em um prazo de 30 dias. Logo, o segurado incapacitado aguardará, sem receber salário e benefício previdenciário, a decisão administrativa por culpa da demora descabida do INSS.

Os atrasos para a concessão ou indeferimento dos benefícios previdenciários tornaram-se situação corriqueira no INSS visto que, segundo levantamento publicado em 23/01/2022, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direitos Previdenciários (IBDP), 1.838.459 pedidos de benefícios aguardavam uma resposta em dezembro, destes requerimentos 900.000 estavam com atraso em relação ao fixado pelo acordo firmado entre o INSS, o MPF e a DPU que foi homologado pelo Supremo Tribunal Federal. A organização civil sem fins lucrativos obteve as respostas por meio de requerimento ao próprio INSS (IBDP, 2022).

Cabe salientar que o no processo ao qual foi firmado o acordo entre MPF, DPU e INSS, no qual foi estabelecido os prazos para conclusão dos benefícios o INSS afirmou que 5% dos funcionários relacionados ao andamento dos processos administrativos (analistas e técnicos) devido a aposentadorias, mortes, pedidos de exoneração e demissão. Ainda conforme a autarquia previdenciária isto representa 20.000 servidores públicos, dos quais 11,2 mil ocupavam o cargo de analista ou técnico do seguro social. (RE 1171152 RG, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 09-10-2019 PUBLIC 10-10-2019).

Diante do cenário de desorganização do serviço público, quem sofre as consequências, injustificadamente, são os administrados. Contudo, este cenário nefasto ao segurado não pode se manter impune, principalmente quando impuser um ônus demasiado aos segurados que estão de boa-fé. Um dos casos de imposição de encargos descabidos é o erro ou demasiado atraso nos julgamentos de benefícios por incapacidade, pois impõe o segurado, que deveria estar recebendo benefício previdenciário, ao limbo trabalhista previdenciário, condição que exacerba o grau de vulnerabilidade do cidadão, porque este não poderá suprir o próprio sustento tampouco o da sua família devido à ausência de fonte de renda.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A Responsabilidade Civil do Estado teve sua germinação com a decadência do Estado Absolutista³ e a consequente consolidação do Estado Liberal⁴. Isso porque, tal regime monárquico era sustentado pelo entendimento de que: *the king can not do wrong* (o Rei não pode errar), afinal, como sustentava o Rei Luís XIV, *L'État c'est moi* (o Rei é o próprio Estado).

Assim, as decisões eram concentradas no poder do príncipe que assumia a função executiva, legislativa e judiciária, não havendo qualquer divisão entre os poderes. Por consequência, o Estado não se responsabilizava por qualquer dano que gerasse aos súditos, afinal os monarcas estavam em uma posição de hiper superioridade em relação aos súditos, estando vigente a teoria da irresponsabilidade do Estado, nos termos do que disciplina a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 1490), *in verbis*:

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong*; *le roi ne peut mal faire*) e o de que aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.

A parte não privilegiada da população, insatisfeita com este modelo de Estado, que fornecia privilégios para os membros da corte e em contrapartida explorava os súditos e burgueses, uniu-se para pôr fim ao Regime Absolutista, fato que culminou

³ O Estado Absolutista surgiu com a derrocado do Estado Feudal, por volta do Século XVI. Nesse modelo de Estado, há a hipertrofia dos poderes do Rei, bem como a desconsideração de tudo que é contrário ao Estado, o tornando em um “Leviatã” (criatura aquática mitológica e feroz, utilizada por Thomas Hobbes para exemplificar em sua obra o Estado Absolutista). Afinal, conforme explica Thomas Hobbes (1988, p. 271): “Como não pode existir nenhuma propriedade antes do Estado, também não pode haver nenhuma contra o Estado.”

⁴ O marco do surgimento do Estado Liberal está relacionado com a Revolução Francesa que ocorreu no ano 1789 e a consequente queda do Estado Absolutista, representada pela queda da Bastilha (prisão, símbolo da opressão dos Reis Absolutistas Franceses). O Estado Liberal possui como pilar a proteção dos direitos dos indivíduos liberdade, igualdade e fraternidade.

em movimentos revolucionários históricos, como a Revolução Francesa⁵, que tinha como princípio a busca por igualdade, liberdade e fraternidade.

Com a derrocada do Estado Absolutista e modificação do Estado Moderno pela ascensão do Estado Liberal, foi possível notar a supressão do poder central na pessoa do rei e a criação de um texto legal que fornece direitos e deveres tanto para os governantes quanto para os governados, iniciando-se o período do Estado Constitucional⁶. Por consequência, mudanças estruturais ocorreram no âmbito do Estado, sendo uma delas a possibilidade de responsabilizar o Estado pelos danos que causar. Isso porque a sociedade temia o retorno do abuso de poder, conforme preleciona o professor André Leonardo Copetti Santos (2009, p. 90), em sua literalidade:

O constitucionalismo aconteceu como uma resposta civilizatória a manifestações de abuso de poder. E o que hoje encontramos positivado nas Constituições contemporâneas (sistemas positivos de Direitos Fundamentais, regras de organização e limitação do poder, mecanismos de garantia processual, etc.) são técnicas de controle e organização do exercício do poder e mecanismos de garantias dos indivíduos frente a possíveis abusos de poder por parte de agente políticos.

Dessa forma, com o estabelecimento desse novo modelo de Nação, as Teorias da Responsabilidade do Estado passaram a ganhar força, subdivididas entre os teóricos que militam pela Responsabilidade Objetiva do Estado e os que defendem a aplicação da Responsabilidade Subjetiva do Estado. Com isso, foram desenvolvidas as teorias do Risco Integral e a do Risco Administrativo, sendo a última adotada pelo sistema normativo brasileiro, com fulcro na Responsabilidade Objetiva do Estado, e a Teoria da Culpa Administrativa, com fundamento na Responsabilidade Subjetiva do Estado.

Dessa maneira, é de suma importância apreciar qual teoria da Responsabilidade Civil do Estado deve ser aplicada quando o INSS causar dano ao

⁵ A revolução Francesa foi um movimento do povo, que integrava o 3º Estado da classe social francesa, contra os privilégios da aristocracia, composta pelos membros da corte e do clero integrantes do 2º e 3º Estado, em busca de liberdade, igualdade e fraternidade.

⁶ O Estado Constitucional é uma evolução do Estado Liberal no qual os direitos foram positivados em um texto legal, ao qual se deu o nome de Constituição, evitando o regresso dos abusos dos monarcas ou de qualquer outra autoridade central usurpadora.

segurado que deveria proteger, especificamente, quando por erro ou mora causar abalo moral ao segurado ou dependente que requereu benefício por incapacidade.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

A Teoria do Risco Integral é a teoria da responsabilidade civil segundo a qual o Estado tem o dever de indenizar todo e qualquer dano que causar ao administrado, percebe-se, portanto, o uso da responsabilidade objetiva, pois não há necessidade de comprovar a culpa pela prática do ato lesivo para ser caracterizado o dever de indenizar.

Contudo, percebe-se que há a exacerbação da responsabilidade objetiva, pois nesta modalidade de responsabilização não se admite as excludentes de causalidade, fato que pode causar uma insegurança jurídica elevada para todos os atos que o Estado praticar. Por isso, a teoria do risco integral apenas é aplicada em casos excepcionais no direito brasileiro. Dessa forma, o Edmir Netto Araújo (2010, p. 776) define tal teoria assim:

A Teoria do Risco Integral é o elo final da corrente publicística, doutrina objetiva por excelência, pois não indaga da culpabilidade do agente, nem da natureza do ato praticado, e muito menos das condicionantes do serviço público, abandonando construções subjetivas.

Destaca-se que, além de ser uma construção doutrinária muito bem elaborada, a teoria do risco integral também é aplicada pela jurisprudência pátria. Nesse sentido, é válido lembrar o voto do Min. Relator Luiz Fux, no Recurso Especial 578.797-RS, reconhecendo a aplicação da teoria do risco integral no caso de dano ambiental, conforme a literalidade a seguir:

Min. Relator Luiz Fux, no Recurso Especial 578.797-RS: *Last but not least*, a eventual exoneração do recorrente por culpa de terceiro, pode ser aferida em ação regressiva, inter partes, posto que somente pela efetiva aplicação da teoria da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral é que se poderá garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado essencial à sadia qualidade de vida, consoante o cânone do art. 225 da Carta Maior. (BRASIL. Recurso Especial 578.797-RS. 2003)

Por outro lado, a teoria da culpa administrativa, com uma visão mais restritiva da responsabilidade do Estado, condiciona a reparação do ente do público à omissão,

atraso ou mal funcionamento do serviço público prestado, tornando evidente o fulcro na Responsabilidade Subjetiva do Estado. Contudo, é necessário expor que independentemente da culpa do funcionário público, o Estado se responsabilizará com a vítima e terá obrigação de reparar o dano, sendo possível o regresso com relação ao funcionário público quando cabível. Nesse sentido, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 845) define a teoria da culpa administrativa assim, *verbis*:

A teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, procura desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público. Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (faute) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

Por fim, a Teoria do risco administrativo, adotada na maioria dos casos no Brasil, toma como referência o risco que o Estado causa aos seus administrados com o exercício dos atos administrativos. Dessa forma, a administração pública terá o dever de indenizar a vítima pelo ato danoso e injusto que lhe foi causado, independentemente de culpa dos agentes ou falta de serviço. Todavia, existe a possibilidade de a Administração Pública romper o nexo de causalidade por meio de excludentes de causalidades, fato que não se faz possível na teoria do risco integral, nos termos do que preleciona o professor Yussef Said Cahali (1995, p.40):

A distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.

A Responsabilidade Civil Objetiva do Estado, e por consequência das pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público, bem como a responsabilidade subjetiva do servidor público está insculpida no art. 37, § 6º, da Constituição da República, conforme se percebe da literalidade legal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável em casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

Devido à ausência de uma maior delimitação das condições que ensejariam a existência da Responsabilidade Civil do Estado pela legislação, ficou sob incumbência da doutrina explicar as circunstâncias em que o Estado deverá reparar o dano ao administrado. Como primeira condição, é necessário que o dano seja causado por pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado, desde que seja prestadora de serviço público, excluindo-se, conseqüentemente, os entes da administração pública indireta que exercem atividade econômica. Explica-se, também, que o dano gerado ao administrado deve ter sido em decorrência da prestação do serviço público. Por fim, que o dano seja causado por agente público, no exercício da prestação do serviço público ou aparentando estar em exercício, independentemente do título que prestam o serviço (DI PIETRO, 2022, p. 848 e 849).

Como forma de escusar a responsabilidade do Estado pelo dano causado existem as causas excludentes de responsabilidade: força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. A força maior está muito bem delimitada pelo art. 393, Parágrafo único, do Código Civil: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.” (BRASIL, 2002).

Por outro lado, a culpa da vítima é bem disciplinada pelo art. 945 do Código Civil que determina que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” (BRASIL, 2002). Contudo, deverá ser apreciado se a culpa da vítima é exclusiva, fato que afastará a responsabilidade do Estado, ou concorrente, caso que será sopesado, pelo Judiciário, a responsabilidade do Estado, que será atenuada, e da vítima, nos termos do art. 945 do CC: “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” (BRASIL, 2002).

Por último, a culpa de terceiro caracteriza-se quando o dano ou acidente sofrido decorreu de culpa exclusiva de terceiro que não é a vítima, nem o agente da Administração Pública. Neste caso, também há o rompimento do nexo de causalidade entre o Estado e a vítima, fato que tornará responsável apenas o terceiro causador do dano, excluindo a responsabilidade do Estado (Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Cível: AC 10487130025751001 MG).

Dessa forma, nota-se que a responsabilidade do Estado está muito bem delimitada tanto pela jurisprudência, como pela doutrina brasileira. Com isso, nos casos que o Estado gerar dano ao administrado e não se fizer presente nenhuma causa excludente de responsabilidade, estará configurado o dever de indenizar da Administração de forma objetiva, logo, sem necessidade de provar a culpa do ente prestador de serviço público. Por consequência, tal forma de responsabilização da Administração Pública também é válida para os atos lesivos praticados pelo INSS, autarquia da Administração Pública Federal contra os respectivos segurados que requerem benefícios por incapacidade.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Sobre a responsabilidade civil do Estado por suas condutas omissivas faz-se pertinente explicar que ainda há debates acadêmicos e jurisprudenciais sobre sua possibilidade, diferente do que se percebe na responsabilidade pelas condutas comissivas. Isso ocorre pois, com a promulgação da Constituição da República, pela literalidade do art. 37, §6º, CF/88, só há menção ao dever do Estado em reparar o dano, independentemente da culpa do servidor público que o praticou (BRASIL, 1988), sem, entretanto, haver disposição sobre a prática da conduta na forma omissiva.

Dessa forma, a doutrina majoritária entendeu que tal norma autorizou a aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva também para os atos omissivos praticados pelo Estado, sem, contudo, haver qualquer distinção entre os atos comissivos que gerem danos. Isso porque, conforme o Reinaldo Moreira Bruno (2005, p. 411), não há na Constituição Federal qualquer menção sobre a necessidade da culpa para configuração da responsabilidade do dever de indenizar, bastando apenas a existência do dano, sob os mesmos termos dos atos comissivos, para configuração da responsabilidade e do dever de indenizar. Nesse sentido,

aperfeiçoando a aplicabilidade da teoria, o Ângelo Braga Netto Rodrigues de Melo (2012, p. 159) explica que:

A responsabilidade civil do Estado na modalidade objetiva também será aplicada nos casos de conduta omissiva, desde que seja estabelecido o nexo de causalidade direto e imediato entre a omissão estatal e o dano. Tal entendimento já chegou a ser adotado até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal em determinadas decisões.

Esta posição amplamente defendida pela doutrina, é salvaguardada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 109615/RJ, caso em que um aluno de escola pública sofreu um dano enquanto estava em ambiente escolar. Nesse sentido, o Egrégio Tribunal entendeu pela aplicação da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, mesmo se tratando de ato omissivo (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 05/05/2009, DJe 05/06/2009).

Por outro lado, a corrente minoritária da doutrina entende pela aplicação da Teoria da Responsabilidade Subjetiva pelas condutas omissivas do Estado. Nesse sentido, deverá ser acrescido o liame da culpa omissiva do Estado para que seja configurado o dever de reparar o dano. Adepta da teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado nos casos de ato omissivo, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 852) evidencia a necessidade de que o serviço público não funcione; funcione atrasado; ou funcione mal, conforme se escreveu no seu livro *Direito Administrativo*, em sua literalidade:

A responsabilidade, no caso de omissão, é subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público (porque é indiferente saber quem é o agente público responsável). Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa.

O entendimento favorável à responsabilização subjetiva do estado para os atos omissivos também possui defesa no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, faz-se mister citar o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 585007/DF no qual o Min. Relator Ricardo Lewandowski entendeu pela aplicação da Teoria da *Faute du Service*, fato do serviço, que coaduna com a teoria da culpa administrativa. Com isso, para tal corrente jurisprudencial, é necessária a comprovação do nexo de causalidade entre o ato lesivo e os resultados não naturalísticos. Portanto, impõe-se a

demonstração de que o dano resultou diretamente da omissão dos agentes administrativos, conseqüentemente, do mau funcionamento do serviço público (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 05/05/2009, DJe 05/06/2009).

Contudo, o amplo debate conceitual não produz tanto impacto na prática. Isso porque o dever de indenizar do Estado se fará presente em ambos os casos. Afinal, o administrado buscará reparação do dano causado quando o Estado for omissor e, portanto, não cumprir com o seu dever de agir. Vale salientar que apenas o fato de o Estado ter o dever de agir e omitir-se, por si só, configura culpa e, logo, o dever de reparar o dano. Tal fato é muito bem delimitado por José Cretella Júnior (1970, p. 210), *verbis*:

A omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação, física ou mental.

Como forma de se escusar das responsabilidades por omissão, o Estado, por vezes, faz uso do princípio da Reserva do Possível definido por Ana Paula de Barcellos como: “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas” (2011, p. 276). Contudo, no caso da omissão analisada para fins de concessão de benefícios previdenciário, não há qualquer plausibilidade para aplicação deste princípio, posto que não há que se falar em necessidades infinitas ou quase infinitas, pois as prestações previdenciárias requeridas ao Instituto Nacional de Seguro Social podem ser contabilizadas corretamente pela Autarquia Previdenciária.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS POR LEI OU REGULAMENTO

O processo de produção de Lei no Brasil é muito bem delimitado pelo art. 59 da Constituição Federal que estabelece como lei as: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos

legislativos; e resoluções (BRASIL, 1988). Apesar de cada espécie de lei possuir as suas particularidades para produção, é comum a todas a necessidade de atuação do Congresso Nacional, que analisará as propostas que lhes foram submetidas. Por outro lado, haverá a participação do Poder Executivo, Presidência da República, que terá o poder de veto do documento confeccionado pelo Poder Legislativo. Por fim, fazendo-se valer do poder revisional, o Poder Judiciário, sendo provocado, julgará a constitucionalidade desta norma. Percebe-se, assim, evidente utilização do sistema de Freios e Contrapesos no ordenamento jurídico brasileiro. O sistema de *check and balance* é uma forma de manter a harmonia entre os poderes, conforme José Afonso da Silva (2014, p. 110):

Só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um detrimento de outro.

Por outro lado, o poder regulamentar, fornece competência para que entes da Administração Pública, Poder Judiciário, ou Poder Legislativo, produzam normas, com força infralegal, não submetida ao processo legislativo. Isso ocorre pois o art. 84, IV e IV, “a”, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) permite a prescrição de decretos e regulamentos para que as Leis promulgadas sejam executadas de forma fiel, bem como a que estes decretos tratem sobre a organização e funcionamento da administração

Contudo, os decretos e portarias expedidos pelo chefe do respectivo poder regulamentador não podem criar direito, tampouco restringir direitos dos administrados, pois apenas são atos administrativos internos que devem regulamentar o que estava expresso na lei. Dessa forma, é importante analisar as observações de Hely Lopes Meirelles (1966, p. 192) sobre o poder regulamentar:

Atos administrativos internos, pelos quais o chefe do Executivo (ou do Legislativo e do Judiciário, em funções administrativas), ou os chefes de órgãos, repartições ou serviços, expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou nomeiam servidores para funções e cargos secundários. As portarias, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam aos particulares,

pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração pública.

Nesse sentido, é necessário explicar que a Responsabilidade do Estado pode ser configurada pela promulgação de Lei que gere dano aos administrados. Para tanto, é necessário que, além disso, seja considerada ilegal ou posteriormente seja declarada inconstitucional (RE 153.464, JSTF 189/14, Lex Editora). Nesse sentido, Amaro Cavalcanti (p. 623, 1956,) preleciona que:

Declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar a União, estado ou município, a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado - quer restituindo-se lhe aquilo que indevidamente foi exigido do mesmo, como sucede nos casos de impostos, taxas ou multas inconstitucionais - quer satisfazendo-se os prejuízos, provadamente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta

Ao passo que o Estado pode ser responsabilizado pela promulgação de leis inconstitucionais, tal ente também deve ser responsabilizado pela prática ilegal da atividade regulamentar. Logo, caso os Decretos ou Portarias confeccionadas pela administração seja capaz de gerar dano aos administrados, sendo este ato administrativo ilegal, ilegítimo ou que extrapole a função regulamentar, a vítima poderá requerer o ressarcimento do dano. Nesse sentido, o Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 661), corroborando com esta tese explica que:

O mesmo entendimento adotado em relação às leis inconstitucionais pode ser adotado, pelos mesmos fundamentos, para os regulamentos do Poder Executivo e para os atos normativos das agências reguladoras e de outros entes que exerçam competência normativa no âmbito da Administração Pública, não só quando sejam inconstitucionais, mas também quando sejam ilegais, por exorbitarem dos limites de sua competência regulamentar, contrariando normas de hierarquia superior. Só que, no caso de ilegalidade, não há necessidade de prévia apreciação judicial. A indenização pode ser pleiteada, tendo por fundamento a ilegalidade do ato normativo do Poder Executivo ou dos entes reguladores.

Não obstante, deve ser feita uma distinção entre a ilegalidade e a inconstitucionalidade do Decreto ou Portaria lesiva. Isso porque a portaria ilegal, contém um vício claro em sua forma, portanto, o dano advindo deste erro deve ser requerido desde logo. Ao contrário, caso o dano pleiteado seja desencadeado devido a uma inconstitucionalidade, para que seja configurado o dano deverá haver a

decretação da inconstitucionalidade deste ato pelo tribunal competente. Nesse sentido, o professor Yussef Said Cahali (1995, p. 661) emite a seguinte explicação sobre o caso:

Se o decreto regulamentar é ilegal, consequente de abuso do poder regulamentar, por ultrapassado o limite de atribuição que a lei havia delegado ao Poder Executivo, os danos que dele resultam para o particular podem ser reclamados desde logo, questionando-se incidentalmente a legalidade do decreto; Se o decreto regulamentar se ajusta aos parâmetros da atribuição que a lei havia delegado ao Poder Executivo, neste caso, decreto e lei se complementam, de tal modo que a pretensão indenizatória do particular prejudicado, se fundada em pretendida inconstitucionalidade do decreto, mais se condiciona ao reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade desta pelo tribunal competente, como dano provocado por lei inconstitucional.

Verifica-se que a Responsabilidade Objetiva do Estado por promulgação de Lei inconstitucional ou edição de Decreto ou Portaria regulamentar ilegal ou inconstitucional é admitida conforme o embasamento na doutrina e na jurisprudência pátria. Contudo, o conceito de dano no ordenamento jurídico brasileiro foi ampliado, possibilitando a existências dos danos extrapatrimoniais, devendo o Estado ser responsável também por esta modalidade de lesão, conforme será estudado a seguir. Logo, os danos causados ao segurado incapaz que tiver seu benefício indevidamente negado com fundamento no o art. 19-E, do Decreto 10.410/2020 ou pelo art. 30 da Portaria 450/2020 do Instituto Nacional do Seguro Social, atos normativos que inovaram no ordenamento jurídico, portanto, ilegais, devem ser indenizados.

3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS MORAIS

Além dos danos materiais, que podem ser liquidados e comprovados por meio de documentação comprobatória, existem danos extrapatrimoniais, instituídos, de forma embrionária, pelo Código Civil de 1916 ao Direito Brasileiro, que também tratam de uma subtração patrimonial, contudo no aspecto moral (AGOSTINHO, 2019, p. 32). Porém, esta lesão não possibilita a quantificação por meio de documentos, tendo em vista seu caráter imaterial, não palpável.

Nesse sentido, com a ascensão do dano moral no ordenamento pátrio, fez-se necessária a conceituação da respectiva lesão pela doutrina brasileira. Com isso, Antônio Chaves (1985, p. 607), no seu livro Tratado de Direito Civil, explica: “Dano

moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material”.

Contemporaneamente é possível vislumbrar uma conceituação vasta do instituto jurídico do dano moral, sendo muito nítida a divisão entre dano moral objetivo e subjetivo. O dano moral objetivo se caracteriza quando o próprio ato ilícito ofende direitos da personalidade, honra, nome, imagem, integridade física no âmbito privado ou público. Por outro lado, o dano moral subjetivo está ligado ao sofrimento da alma, associado aos valores íntimos da pessoa. (AGOSTINHO, 2019, p. 33).

Com isso, a pessoa que comete o ato ilícito, dano moral, terá o dever de reparar conforme o valor arbitrado pelo juízo competente que respeitará a Teoria do Desestímulo. Logo, além de ressarcir o prejuízo causado, o valor arbitrado deverá ser acrescido de um montante punitivo e didático. Tal discriminação é muito bem delimitada por Antônio Jeová Santos (2003, p. 162), *verbis*:

A indenização do dano moral, além do caráter ressarcitório, deve servir como sanção exemplar. A determinação do montante indenizatório deve ser fixado tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado, o valor que faça com que o ofensor se evada de novas indenizações, evitando outras infrações danosas.

Por consequência, sendo o dano extrapatrimonial praticado pelo Estado ou por prestador de serviço público este será igualmente responsabilizado e deverá indenizar a lesão causada. Isso porque o dano moral possuía a mesma proteção jurídica do dano material, portanto, a teoria do Risco Administrativo deverá ser aplicada sendo configurada a Responsabilidade Objetiva. Coadunando com tal entendimento o Professor Yussef Said Cahali (1995, p. 9) preleciona que: “*a responsabilidade civil do Estado compreende a reparação não apenas do dano patrimonial como igualmente do dano moral*”.

Por fim, percebe-se que a aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado se consolidou no ordenamento jurídico pátrio, modificando o entendimento de irresponsabilidade do prestador de serviço público com relação aos administrados, principalmente na seara do dano moral, que passou a ter autonomia e independência com relação ao dano material, principalmente no Direito Civil e

Administrativo. Não obstante, a responsabilização por danos morais também foi recepcionada pelo Direito Previdenciário, inclusive nos casos de negativas indevidas aos benefícios por incapacidade requeridos, bem como quando o limbo previdenciário é imposto pela ausência de resposta da autarquia previdenciária.

4 LIMBO PREVIDENCIÁRIO

A palavra Limbo possui origem no latim, *limbum*, e conforme o dicionário Michaelis significa: Falta de memória; esquecimento; caráter indefinido. Dessa forma, pode-se concluir que o limbo trabalhista/previdenciário se configura quando o indivíduo passa a estar “esquecido” pela autarquia previdenciária, por um caráter indefinido, no momento em que deveria estar sendo protegido. O significado da palavra limbo representa bem a condição que é imposta ao segurado da previdência social que: I - teve o benefício cessado de forma indevida; II - aguarda a concessão de requerimento administrativo sem ter resposta no tempo hábil da autarquia previdenciária; ou III - tem o benefício por incapacidade indeferido administrativamente de forma equivocada.

Portanto, percebe-se, nestas três situações, que o segurado terá que suportar um longo período da sua vida sem receber benefício da previdência social, tampouco sem receber a sua remuneração trabalhista. Logo, em estado de hiper vulnerabilidade ao qual é dado o nome de limbo trabalhista-previdenciário. Contudo, cada situação específica possui a sua particularidade respectiva.

No primeiro caso, há a concessão inicial do benefício administrativamente, normalmente auxílio por incapacidade temporária, mas a perícia indica uma Data de Cessação do Benefício (DCB) anterior à data real da recuperação da capacidade do segurado. Contudo, a autarquia previdenciária entende pela não procedência do Pedido de Prorrogação (PP) do benefício, mesmo que este atenda a todos os requisitos para a continuidade da prestação respectiva. Por consequência da negativa da continuação do benefício pelo INSS, o indivíduo poderá apresentar recurso ordinário administrativo, nos termos do Art. 29 do Regimento Interno do Conselho de Recurso de Seguro Social, dirigido às Juntas de Recursos do CRSS, observada a competência regimental, (BRASIL, 2017).

No entanto, tal método é pouco eficiente, pois não há realização de novo laudo médico pericial. Por outro lado, o segurado possui a opção de buscar auxílio na Defensoria Pública da União ou, sem perceber salário ou benefício securitário, custear os ônus de constituir um advogado para ajuizar ação judicial e, com isso, reverter a decisão administrativa indevida, momento em que serão apreciados os fundamentos para indeferimento do benefício. Com isso, o segurado poderá receber as parcelas retroativas, desde a data da cessação indevida do benefício, revertendo o prejuízo

material, conforme se percebe da ementa da AC: 00033596420144059999 do TRF-5ª Região, *verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. COISA JULGADA. AFASTADA. INCAPACIDADE LABORATIVA COMPROVADA. TERMO INICIAL. DATA DA CESSAÇÃO INDEVIDA DO ÚLTIMO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO DOENÇA. ISENÇÃO NO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS POR PARTE DO INSS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I. Não há identidade de causas quando o autor formula novo requerimento administrativo e diante da alteração fática da autora com o agravamento da moléstia geradora da incapacidade para o labor. A demanda judicial daí originada é baseada em causa de pedir diversa. Resta afastado, portanto, o óbice de coisa julgada. II. De acordo com laudo pericial constante dos autos, a autora é portadora de doença que a incapacita para exercer atividades laborativas (serviços gerais) de forma definitiva, pelo que lhe é devido o benefício de aposentadoria por invalidez. III. O termo inicial para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez em questão é a data da cessação indevida do benefício de auxílio-doença, em 04/02/2010. Precedente. IV. O INSS é isento do pagamento das custas processuais, ainda que o litígio ocorra na Justiça Estadual. V. Honorários advocatícios mantidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observando-se o disposto na Súmula nº 111 do STJ. VI. Apelação do INSS parcialmente provida, apenas para afastar a condenação da autarquia no pagamento das custas processuais e recurso adesivo da autora parcialmente provido, apenas para fixar como termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez a data da cessação indevida do benefício de auxílio-doença. (TRF-5 - AC: 00033596420144059999 AL, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, Data de Julgamento: 30/09/2014, Quarta Turma, Data de Publicação: 09/10/2014)

Já no segundo caso, o segurado realiza o requerimento do benefício e não recebe resposta da autarquia previdenciária aguardando demasiadamente a concessão ou indeferimento do requerimento administrativo realizado. Porém, este requerimento administrativo extrapola o prazo de 30 dias prorrogáveis, justificavelmente, por igual período estabelecido pelo art. 49 da Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999), ou o prazo de 45 dias quando for vigente o acordo firmado entre o MPF, DPU e INSS, dando ao caso caráter indefinido, pois não há negativa ou concessão do respectivo benefício. (RE 1171152 RG, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 09-10-2019 PUBLIC 10-10-2019).

Dessa forma, conforme já mencionado no capítulo anterior, o segurado possui o direito de impetrar mandado de segurança para que o juízo competente exija a

resposta do INSS ao requerimento realizado pelo segurado. Destaca-se que a imposição do limbo previdenciário deve ser evitada ao máximo nestes casos, porém atualmente existem 900.000 requerimentos administrativos em atraso com relação ao tempo fixado pelo acordo firmado entre o INSS, o MPF e a DPU que foi homologado pelo Supremo Tribunal Federal (IBDP, 2022), conforme já abordado no tópico anterior, tais números são inadmissíveis e representam a falta de zelo com os segurados da previdência social.

Por último, o segurado é imposto ao limbo previdenciário após o indeferimento administrativo sem receber sequer uma parcela do benefício requerido, seja, pelo: I - caso de divergência no entendimento do médico perito do INSS que não concorda como entendimento do médico do trabalho que julgou que o obreiro estava incapacitado para realizar suas funções; ou II – pelo fato do indivíduo não atender aos demais requisitos para concessão do benefício pleiteado, conforme entendimento do Instituto Nacional de Seguro Social. Neste caso, assim como o segurado que teve seu benefício cessado indevidamente, o indivíduo deverá apresentar contestação administrativa ou ajuizar ação judicial. Não obstante, além de apreciar o requisito incapacidade deverá ser analisado no julgamento as demais cláusulas para concessão do benefício (carência e qualidade de segurado).

Apesar de todas as situações de limbo trabalhista/previdenciário serem danosas ao indivíduo, será objeto deste Trabalho de Conclusão de Curso os casos em que o limbo trabalhista/previdenciário foi imposto ao segurado de forma injusta, por erro do servidor público ou do perito médico do INSS. Dessa forma, a pessoa que tiver seu benefício por incapacidade negado pela autarquia de forma correta, seja por ausência de carência, por doença pretérita à obtenção da qualidade de segurado, ou qualquer outro motivo devidamente justificado, não são objetos deste estudo.

Conquanto, é necessário expor que o INSS, ao negar os benefícios dos requerentes que não possuem direito à concessão do benefício por não preenchimento dos requisitos legais, tem a responsabilidade de indicar o setor da assistência social capaz de assistir o cidadão, caso seja verificado a existência de fragilidade econômica. Afinal, o INSS é a autarquia responsável pela seguridade social, na qual está incluído o direito à saúde e à assistência social, não apenas à previdência social, sobretudo porque existe a possibilidade de ser requerido, no próprio INSS, o Benefício de Prestação Continuada de Pessoa com Deficiência, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 (BRASIL, 1993).

4.1 LIMBO PREVIDENCIÁRIO PELA DIVERGÊNCIA DE LAUDO MÉDICO PERICIAL

O conceito de perícia está ligado aos especialistas que, em serviço da justiça ou da Administração, fazem uso da sua aptidão técnica, conhecimento, e verificação de fatos para auxiliar a justiça ou a Administração Pública a respeito das interpretações e avaliações dos fatos técnicos (DIDIER, 2016, p. 265). Porém, a fim de garantir a segurança jurídica dos administrados e das partes, as perícias devem seguir métodos e formas predefinidas. Nesse sentido, Wladimir Novaes Martinez (2009, p. 61-62) estabelece algumas regras que o laudo médico pericial deve cumprir, segundo o qual:

- a) Identificar o segurado, verificando sua idade e estado civil;
- b) Apurar o estado geral do examinado;
- c) Promover o exame clínico – físico e mental;
- d) Concentrar-se na doença alegada e auscultar conforme o tipo de morbidez constante da literatura médica;
- e) Promover a anamnese objetiva;
- f) Apurar o cargo e a função do trabalhador, há quanto tempo ela é exercida;
- g) Saber do seu nível social, questões familiares, se possível;
- h) Ouvir observações sobre antecedentes médicos familiares;
- i) Verificar o nível da incapacidade;
- j) Definir se a inaptidão é casual ou concausal;
- k) Compulsar documentos trazidos pelo segurado;
- l) Solicitar atestado de saúde ocupacional – ASO
- m) Medita sobre local de trabalho;
- n) Identificar agentes nocivos presentes;
- o) Examinar CTPS para saber prestações anteriores;
- p) Definir a presença do nexa epidemiológico;
- q) Avaliar a licença;
- r) Fixa DID, DUT, DII, LI ou DICI;
- s) Concluir se é caso de benefício comum ou acidentário;
- t) Emitir a CRER (COMUNICAÇÃO DE RESULTADO DE EXAME e REQUERIMENTO)

Por outro lado, a empresa é incumbida de realizar o Atestado de Saúde Ocupacional (ASO), em diversos momentos do rito trabalhista, inclusive no momento em que o segurado retorna ao posto de trabalho após recebimento de auxílio por incapacidade temporária, ou quando este obreiro tem o seu benefício negado. Tal fato está insculpido na Norma Regulamentadora 7 (NR-7), conforme tal norma o ASO deverá conter: Nome completo do trabalhador, o número de registro de sua identidade e sua função; Os riscos ocupacionais específicos existentes, ou a ausência deles, na

atividade do empregado, conforme instruções técnicas expedidas pela Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho-SSST; Indicação dos procedimentos médicos a que foi submetido o trabalhador, incluindo os exames complementares e a data em que foram realizados; O nome do médico coordenador, quando houver, com respectivo CRM; Definição de apto ou inapto para a função específica que o trabalhador vai exercer, exerce ou exerceu; Nome do médico encarregado do exame e endereço ou forma de contato; Data e assinatura do médico encarregado do exame e carimbo contendo seu número de inscrição no Conselho Regional de Medicina. (BRASIL, 2018).

Na maioria dos casos, o limbo trabalhista/previdenciário é imposto devido ao conflito entre o Laudo exarado pelo médico perito do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) e o Atestado de Saúde Ocupacional Laudo (ASO) exame médico realizado por médicos do trabalho às custas do empregador. Nestas circunstâncias, existindo o conflito entre as respectivas perícias deverá prevalecer o entendimento do INSS, conforme se percebe do fragmento do Curso de Direito e Processo Previdenciário do Frederico Amado (2017, p.806):

Questão bastante comum e polêmica ocorre quando o INSS cessa o benefício do auxílio-doença por julgar que o segurado empregado encontra-se apto ao trabalho, mas a empresa não aceita o seu retorno, por julgar que a incapacidade laborativa persiste, com base em parecer do departamento médico da empresa.

Esta questão não tem previsão legal expressa, mas se entende que a princípio deverá prevalecer o entendimento do INSS, cristalizado em administrativo dotado de presunção de veracidade e de legitimidade. Assim sendo, caso discorde do posicionamento da autarquia previdenciária, tem interesse de agir a empresa em questionar a lisura do ato da Previdência Social na via administrativa ou judicial, mas não poderá simplesmente negar-lhe execução das providências legais.

Tal entendimento faz com que o segurado empregado seja obrigado a escolher entre três opções: I – Concordar com a perícia médica do INSS e retornar ao posto de trabalho por estar se sentindo capaz de desempenhar suas funções; II – Discordar da perícia médica do INSS, mas, mesmo assim, retornar ao emprego e exercer suas funções para continuar percebendo seu salário, visando manter subsistências e a da sua família, contudo buscando a reforma administrativa ou judicial da decisão prolatada pela autarquia previdenciária; III – Discordar da perícia médica do INSS, não

retornar ao emprego, tampouco receber benefício previdenciário, mas buscar reforma administrativa ou judicial da decisão da autarquia securitária.

No primeiro caso, o retorno ao posto de trabalho é direito do empregado, por consequência da presunção de veracidade do laudo médico pericial proferido pelo INSS. Porém, por medo de se responsabilizar por um futuro agravamento do quadro álgico do empregado, pois inicialmente tinha entendido pela incapacidade do respectivo trabalhador, a empresa, normalmente, toma uma posição reticente ao retorno as atividades do obreiro.

Sendo configurada a recusa do empregador em contar com o respectivo empregado a empresa deverá sofrer com os ônus da rescisão indireta, com base no art. 483, d, da CLT (BRASIL, 1943). Isso porque o empregador toma para si a responsabilidade por impor ao empregado os ônus do limbo previdenciário, tendo em vista que a perícia do INSS concluiu pela capacidade do obreiro. Portanto, além das verbas trabalhistas a empresa será responsável pelos danos materiais e morais sofridos pelo empregador que foi impelido a uma situação de hiper vulnerabilidade (AIRR - 1187-07.2016.5.19.0009, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 04/04/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/04/2018).

Por outro lado, caso a empresa decida por aceitar o retorno do empregado ao posto de trabalho, há correntes jurisprudenciais que entendem pela responsabilização da empresa caso o empregado sofra com o agravamento da sua enfermidade, inclusive com o pagamento de danos morais. Como se percebe da ementa do processo nº 0000997.98.2013.5.10.0009 do TRT-10:

DANO MORAL. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO NOCIVO AO EMPREGADO. AGRAVAMENTO DA DOENÇA. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. Comprovado nos autos que o local onde trabalhou o reclamante, após o retorno do seu afastamento pelo INSS, prejudicou-lhe a saúde, agravando os sintomas da sua doença, devida é a indenização por danos morais. Forçoso reconhecer-se o ato ilícito da reclamada e sua responsabilidade pelo dano causado ao empregado, pois, ao explorar a força humana de trabalho para empreender a sua atividade econômica, o empregador chama para si os riscos e os ônus dela provenientes, bem como a obrigação de zelar por um meio ambiente laboral saudável física e mentalmente, de modo a dar real efetividade aos fundamentos constitucionais relativos à função social da propriedade, à cidadania, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. MULTA DO ART. 477 DA CLT. É entendimento predominante nesta Eg. Turma que, respeitado o prazo legal, a existência de diferenças rescisórias

verificadas em Juízo não dá direito à multa prevista no art. 477 da CLT. Ressalvas deste Relator. Recursos do reclamante e da reclamada conhecidos e parcialmente providos. (TRT-10 00009979820135100009 DF, Data de Julgamento: 15/03/2017, Data de Publicação: 20/04/2017)

Dessa forma, percebe-se que qualquer atitude que a empresa tomar será responsabilizada de forma desmedida, enquanto o INSS, real responsável pelo retorno do obreiro, não terá qualquer responsabilização. Contudo, este Trabalho de Conclusão de Curso entende que o fato do empregador tomar todos os cuidados com o respectivo empregado, suportar o ônus de 15 dias iniciais de incapacidade pagando devidamente o salário do obreiro e recomendar ao empregado o afastamento do posto de trabalho afasta o nexo causal sob o agravamento da lesão pelo trabalhador. Isso ocorre porque a empresa apenas aceitou o retorno do empregado por uma imposição do INSS que proferiu laudo pericial que concluiu pela capacidade do obreiro. Dessa forma, com a decisão que prolatou no processo administrativo, a Autarquia Federal puxa para si a responsabilidade sobre a negativa do benefício pleiteado, bem como sobre o retorno do obreiro ao posto de trabalho. Por oportuno, faz-se pertinente esclarecer que a responsabilidade do INSS deverá ser configurada com relação ao agravamento da doença cujo benefício foi negado em processo administrativo. Deve-se destacar que os demais riscos da exploração da força de trabalho continuarão sendo de responsabilidade do empregador.

Isso acontece pelo motivo de que não havendo a responsabilização do INSS será evidente o “esquecimento” previdenciário neste caso, pois a autarquia federal gozou dos benefícios da não concessão do auxílio por incapacidade, tendo em vista que não terá que arcar com o custo de um benefício previdenciário, bem como continuará recebendo as contribuições do respectivo empregado que retornou ao serviço. Contudo, o órgão não será devidamente responsabilizado pelo seu erro, tendo em vista que gerou dano ao segurado que deveria proteger.

Por outro lado, na situação II o segurado realiza trabalho sem condições para tal, colocando em risco sua saúde física ou mental, pois tem consciência da sua falta de aptidão para exercer suas funções, mas o faz por ter sido compelido ao trabalho, o exercendo de maneira penosa devido a necessidade de prover a sua subsistência, devido ao laudo médico equivocado proferido pelo INSS. Faz-se pertinente mencionar neste caso o período de responsabilização do INSS sob o retorno ao trabalho do obreiro torna-se evidente, pois se configura desde a negativa do benefício até a

reforma judicial da decisão administrativa. Destaca-se que não descaracteriza o auxílio por incapacidade pleiteado, conforme tese firmada pelo Tema 1.013 do STJ cujo ementa segue em sua literalidade:

No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente. (STJ, Tema nº 1013, publicada em 30/03/2021)

Na última das opções, o segurado se submete a ausência total de recursos financeiros, constatando-se o limbo trabalhista e previdenciário, tendo em vista que o indivíduo que teve o benefício por incapacidade negado não consegue, nem às custas de muito esforço, exercer a sua função. Por consequência, esta pessoa será inserida em um estágio de miserabilidade extrema, pois será impelida a ser sustentada por familiares ou amigos, fato que gera abalo aos direitos da personalidade do indivíduo o que é muito bem abordado na obra “O dano moral na relação de emprego” (PAMPLONA FILHO, 2002, p.53). Tornando-se evidente a ineficácia e falha da prestação securitária brasileira, hipótese que não deve ser admitida no regime constitucional relacionado à proteção dos direitos humanos atualmente vigente no país.

Destaca-se que é comum a todos os casos a ausência de recursos financeiros para realizar o tratamento correto para a doença/acidente incapacitante, o que gerará maiores prejuízos ao indivíduo que, novamente, poderá sofrer com a evolução do seu quadro algico. Isso porque o acesso à saúde pública também é capaz de auxiliar os brasileiros da forma como foi previsto na Constituição Federal, informação de domínio público.

Os erros na avaliação do perito do INSS devem ser apreciados com cautela, pois impõem consequências irreversíveis aos segurados, que são obrigados a suportar os danos materiais e morais, inclusive aos direitos personalíssimos, sofridos, seja por culpa ou dolo, sem qualquer auxílio do sistema securitário brasileiro. Portanto, faz-se pertinente as instruções do Manual de Perícia Médica da Previdência Social (2001, p. 26 a 28) sejam seguidas na apreciação do Laudo Médico Pericial, peça fundamental do processo, que negou ou fez cessar o benefício do indivíduo. Dessa

forma, o Documento Médico Pericial deve conter os dados obtidos no exame descrito com clareza e exatidão, todos os dados fundamentais e os pormenores importantes, de forma a permitir à autoridade competente conferir a conclusão emitida. Nesse sentido, nas considerações sobre a capacidade laborativa deverá sempre estar justificada adequadamente a existência ou não da incapacidade laboral frente a atividade declarada.

O Manual de Perícia Médica da Previdência Social evidencia importância do documento pericial confeccionado pelo médico e, portanto, exige: clareza e exatidão nas informações prestadas; e fundamentação adequada para existência ou inexistência da incapacidade laborativa. Portanto, é função dos servidores do INSS conferir se o documento elaborado pelo perito atende a todos os requisitos supra por meio do Sistema de administração de benefício por incapacidade (SABI), fase que será realizada a autenticação e conclusão da perícia médica. Sendo verificado alguma incongruência, é dever do INSS solicitar a retificação ainda nos termos do Manual de Perícia Médica da Previdência Social (2001, p. 23 e 24).

Dessa forma, percebe-se que existe um método repleto de fases e critérios para concessão dos benefícios por incapacidade, a fim de que se evite ao máximo a imposição do “esquecimento” previdenciário devido a divergência entre laudos médicos. Contudo, quando estes métodos não são cumpridos verifica-se a imposição do limbo previdenciário por erro do INSS, fato que deve gerar responsabilização, já que não se pode confundir uma divergência entre entendimento do médico perito do INSS com outros médicos, de um erro claro e evidente do sistema de administração de benefícios, como será apreciado adiante no tópico Dano moral Previdenciário.

4.2 LIMBO PREVIDENCIÁRIO PELA INCORRÊNCIA DE ERRO NA ANÁLISE DE OUTROS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

Além da incapacidade, o Instituto Nacional de Seguro Social deverá analisar os requisitos carência e qualidade de segurado, nos termos do que foi explicado nos tópicos de carência de cada benefício por incapacidade. Conforme já estudado, tais critérios são objetivos e independem de apreciação individual, como no caso da incapacidade que varia conforme entendimento de cada perito, portanto, dotado de subjetividade. Contudo, apesar de ser um critério claro, ainda se pode verificar casos

de erros da autarquia previdenciária, e, por consequência, imposição do segurado ao limbo previdenciário.

Os principais equívocos na análise dos requisitos se dão pelo erro no cômputo da extensão do período de graça ou pela desconsideração das contribuições menores que o salário mínimo realizadas pelo empregador após o Decreto 10.410/2020 (Regulamento da Previdência Social que renovou o Decreto 3.048/99) e a Portaria 450/2020 do Instituto Nacional do Seguro Social.

Sobre a perda da qualidade é necessário destacar que o período de graça estabelecido pelo art. 15, II e VI, da Lei de Benefícios da Previdência Social garante a manutenção da qualidade de segurado, independentemente de contribuição previdenciária, por 12 meses para todos os segurados, salvo aos facultativos que gozam de seis meses de período de graça (BRASIL, 1991). Contudo, este período pode ser prorrogado por mais 12 meses nos casos em que forem vertidas 120 contribuições previdenciárias sem haver perda da qualidade de segurado; ou dilatado por mais 12 meses devido a configuração do desemprego involuntário, conforme se percebe do art. 15, §1º e 2º da Lei 8.213/1991, em sua literalidade.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social. (BRASIL, 1991)

Não obstante, além de saber das regras de manutenção da qualidade de segurado, é necessário ter expertise ao calcular o termo inicial do período de graça, pois este não coincide com o dia em que o funcionário foi demitido, tampouco com o último dia em que o segurado realizou a sua última contribuição. Isso porque o termo inicial do prazo deverá ser fixado no último dia do prazo que fosse depositada a contribuição do mês anterior. Nesse sentido, Frederico Amado (2017, p. 580 e 581) explica como deve ser realizado o cômputo do período de graça, *ad litteram*:

O início do prazo para definir o momento da perda da qualidade ocorrerá no dia seguinte ao término do prazo do recolhimento da competência do mês anterior. O RPS, no seu artigo 14, fixou uma data única para todos os segurados, que é o dia seguinte à data final de

recolhimento do contribuinte individual, que se operará até o dia 15 do mês seguinte ao da competência, ou, se não houver expediente bancário, no dia útil posterior, na forma do artigo 30, inciso II, da Lei 8.212/91.

Logo, o termo inicial do período de graça não será a data de cessação do exercício de atividade laborativa remunerada, e sim o dia seguinte à data máxima de recolhimento de contribuição previdenciária não promovida.

Como exemplo, suponha-se o caso de um segurado contribuinte individual que tenha deixado de trabalhar em 31.03.2007. Nesta hipótese, partindo da premissa que a competência de março foi recolhida até o dia 15 de abril, conforme determina a legislação previdenciária, o dies a quo do período de graça será 16 de maio, pois a competência de abril não foi recolhida até o dia 15 de maio. Entrementes, o RPS merece ser alterado, vez que o dia 15 do mês subsequente ao da competência não é mais o mais dilatado marco de recolhimento das contribuições previdenciárias, e sim o dia 20, conforme as alterações perpetradas pela Lei 11.933/2009, no artigo 30, I, 'b', da Lei 8.212/91, para as contribuições pagas pelas empresas.

Por outro lado, é necessário relatar que a Reforma de Previdência adicionou o §14 ao art. 195 da Constituição da República, conforme o novo texto legal apenas seria contado para fins de tempo de contribuição as competências contributivas iguais ou superiores à contribuição mínima, como se pode perceber da literalidade legal:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 14. O segurado somente terá reconhecida como tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social a competência cuja contribuição seja igual ou superior à contribuição mínima mensal exigida para sua categoria, assegurado o agrupamento de contribuições. (BRASIL, 1988)

Contudo, com as mudanças estabelecidas no ordenamento previdenciário pela EC 103/2019, normas infralegais foram publicadas com intuito de regulamentar as inovações constitucionais, mormente o Decreto 10.410/2020 (Regulamento da Previdência Social que renovou o Decreto 3.048/99) e a Portaria 450/2020 do Instituto Nacional do Seguro Social. Nesse sentido, o art. 19-E, do Decreto 10.410/2020, inovando no ordenamento jurídico, além do requisito tempo de contribuição, acrescenta os requisitos carência, aquisição e manutenção da qualidade de segurado, e cálculo do salário de benefício, com a seguinte redação:

Art. 19-E. A partir de 13 de novembro de 2019, para fins de aquisição e manutenção da qualidade de segurado, de carência, de tempo de contribuição e de cálculo do salário de benefício exigidos para o reconhecimento do direito aos benefícios do RGPS e para fins de contagem recíproca, somente serão consideradas as competências cujo salário de contribuição seja igual ou superior ao limite mínimo mensal do salário de contribuição.

Nota-se que o Decreto autônomo acrescenta ao texto legal: carência, qualidade de segurado, e cálculo do salário de benefício, além do tempo de contribuição. Logo, o ato do Presidente da República inovou no ordenamento jurídico fato que é vedado pelos princípios do direito administrativo brasileiro, mormente o princípio da legalidade, visto que apenas leis podem criar direitos, obrigações, proibições e medidas punitivas (DI PIETRO, 2006, p. 102). Por outro lado, já é pacificado o entendimento jurisprudencial brasileiro de que a responsabilidade pelo recolhimento previdenciário do empregado é do respectivo empregador. Nesse sentido, a Súmula nº 368, ainda vigente, do Tribunal Superior do Trabalho (TST) preleciona, em sua literalidade, que:

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSTO DE RENDA. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO. FORMA DE CÁLCULO. FATO GERADOR (aglutinada a parte final da Orientação Jurisprudencial nº 363 da SBDI-I à redação do item II e incluídos os itens IV, V e VI em sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.06.2017) - Res. 219/2017, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017

I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição. (ex-OJ nº 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998).

II - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação judicial. A culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias, contudo, não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte. (ex-OJ nº 363 da SBDI-1, parte final) (...) (Res. 219/2017, republicada em razão de erro material - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017)

Destarte, de forma equivocada e ilegal, o Decreto nº 10.410/2020 e a Portaria nº 450/2020 do Instituto Nacional do Seguro Social utilizam como subterfúgio a redação do §14 do art. 195 da Constituição da República, que não trata

expressamente da responsabilidade do empregador em realizar as contribuições previdenciárias, para modificar o conteúdo da Súmula nº 368 do TST. Salienta-se que não é responsabilidade do segurado fiscalizar o exercício contributivo do empregador, mas sim função do próprio INSS. Por consequência, o segurado empregado não pode ser responsabilizado por um erro da empresa e pela falta de efetividade da competência fiscalizatória da autarquia previdenciária, tampouco o segurado, não pode ter seu benefício negado com base em tais subterfúgios infralegais e flagrantemente incompatíveis com a legislação pátria.

Porém, mesmo assim, a autarquia previdenciária vem negando administrativamente benefícios previdenciários, seja por falta de carência, tempo de contribuição ou por qualidade de segurado, utilizando-se da fundamentação da desconsideração das contribuições menores que as contribuições mínimas, ou solicita que o segurado realize a complementação do valor da contribuição como condição para concessão do benefício. Ora, fica nítida a confusão na interpretação do §14 do art. 195 da Constituição da República que foi instituído para responsabilizar tão somente os segurados facultativos e contribuintes individuais.

Por outro lado, o segurado empregado, que não possui a competência para realizar as próprias contribuições, goza do benefício de apenas comprovar os requisitos da relação de emprego para ser segurado da previdência social. A aceitação dessa interpretação dada pelo Poder Executivo significa que a previdência social deixará de segurar todos os trabalhadores informais que preenchem os requisitos: subordinação, habitualidade, onerosidade, e pessoalidade na relação de trabalho, mas que não possuem a sua carteira de trabalho e previdência social assinada. Afinal, se os empregadores se negaram a assinar a CTPS do empregado tampouco realizarão as suas contribuições respectivas.

Percebe-se, dessa forma, a negativa de benefícios previdenciários com base em tal subterfúgio, o que significa a coação de encargos desmedidos para concessão da prestação securitária, principalmente tratando-se do segurado empregado, que historicamente só bastava a aceitação dessa interpretação. Contudo, este tipo de trabalhador sempre esteve protegido pela previdência social, e não poderá deixar de ser amparado por uma interpretação dada pelo Poder Executivo com fins eminentemente austeros.

Não obstante, mesmo assim, a jurisprudência pátria que está sendo formada, ainda não produziu decisões capazes de refutar o entendimento do Poder Executivo

sobre a Emenda Constitucional. Pelo contrário, ainda é possível vislumbrar decisões do Poder Judiciário que concordam com o dever de o segurado empregado realizar a complementação das contribuições que eram de responsabilidade do patrão. Para tanto, usa-se como subterfúgio o art. 28 da Portaria nº 450/2020 e o art. 19-E, do Decreto nº 10.410/2020 que possui uma interpretação flagrantemente inconstitucional (PARAÍBA, Justiça Federal, 13ª Vara. Sentença. processo nº 0511244-90.2021.4.05.8200. 14/03/2022).

Assim, tal interpretação maléfica ao segurado empregado, não deve ser feita pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois desrespeita os Princípios Constitucionais do Direito Previdenciário, mormente a Universalidade de Cobertura. Isso porque o segurado empregado, desde que foi instituído o regime de Seguridade Social vigente, não possui responsabilidade sobre as contribuições previdenciárias, sendo de responsabilidade do respectivo empregador, bastando o obreiro demonstrar os requisitos da relação de emprego para ser segurado pela previdência social. A mudança deste entendimento por Ato Normativo Secundário é uma afronta à Constituição Federal.

Isso afeta principalmente os benefícios por incapacidade, afinal a doença (incapacitante) é um risco social imprevisível. Essa situação não pode ser admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, tampouco pelo sistema de seguridade social estabelecido atualmente no Brasil, pois representa a “institucionalização do limbo previdenciário”, visto que a própria autarquia federal deixa de interpretar as normas previdenciárias conforme os princípios constitucionais da universalidade da cobertura e do atendimento e equidade da participação no custeio e passa a considerar apenas a austeridade máxima e irrestrita. Contudo, este movimento tomado pelo Executivo Federal está completamente descolado da realidade, visto que os direitos sociais não podem ser considerados como um custo e sim como uma fonte de rentabilidade, por servir como sustentáculo para o avanço social e econômico, pois tem o fim de proteger os indivíduos dos riscos sociais (MILL, 1981, p.55).

Percebe-se, por fim, que seja pela negativa na concessão dos benefícios por incapacidade com base em laudo médico pericial do INSS ou pela negativa por outros requisitos o segurado é imposto ao limbo previdenciário e esquecido pelo sistema de seguridade social brasileiro, fato que vem se tornando institucionalizado, seja pelas demoras para julgamento dos benefícios requeridos ou pelas interpretações descabidas de normas legais ou publicação de portarias que inovam no ordenamento

jurídico com objetivo de restringir o direito dos contribuintes de forma indevida. Esse movimento de precarização da seguridade social deve ser devidamente responsabilizado e, conseqüentemente, punido quando gerar dano ao segurado.

4.3 DANO MORAL PREVIDENCIÁRIO

Conforme já explicado, a indenização do dano moral é uma das formas de responsabilização de quem cometeu a conduta danosa. Inicialmente, a reparação do dano estava intimamente relacionada à liquidação do prejuízo material sofrido, principalmente no âmbito do Direito Civil. Contudo, com a evolução histórica do conceito de reparação do dano emergiu o dever de reparar os danos extrapatrimoniais. Afinal, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 diversos valores além dos patrimoniais foram garantidos. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2000, p. 201) explica a importância da proteção ao patrimônio imaterial, conforme se percebe em sua literalidade:

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (artigo 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (artigo 5o, incisos V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental.

Desta feita, com a ascensão da temática do dano moral no Direito Civil, outros ramos do direito passaram a aplicar a responsabilização por danos extrapatrimoniais, inclusive o Direito Previdenciário. Isso ocorre porque o ordenamento jurídico brasileiro é integrado, logo, estando presentes os requisitos para responsabilização por danos morais, este deverá ser fixado independentemente da seara do direito. Com isso, Wladimir Novais Martinez (2009, p. 65) explica a possibilidade de aplicação do dano moral nas diversas áreas do direito:

A teoria jurídica que envolve os diferentes aspectos do dano moral, naturalmente sediados no Direito Civil, acabou transportando-se para outras áreas, particularmente ao Direito do Trabalho, em que encontrou um habitat florescente, e experimenta particularidades no

Direito Previdenciário. As razões dizem respeito à especificidade das técnicas protetivas da seguridade social ou instituições correlatas, e a essência diferenciada da aproximação do indivíduo ao Estado, quando ele objetiva creditar-se nos meios de subsistência.

Percebe-se, com isso, que o dano moral pode ser caracterizado na seara previdenciária, fato que já é pacífico na jurisprudência pátria. Contudo, este Trabalho de Conclusão de Curso analisa a possibilidade de aplicação de dano moral previdenciário especificamente nos casos de erro ou mora em benefícios por incapacidade (auxílio por incapacidade temporária, aposentadoria por incapacidade permanente). Isso porque a negativa equivocada destes benefícios impõe o segurado ao limbo previdenciário, situação que, conforme já foi demonstrado neste Trabalho de Conclusão de Curso, implica um estado de hiper vulnerabilidade e, conseqüentemente, um abalo extrapatrimonial evidente.

Contudo, mesmo impondo o segurado ao limbo, faz-se pertinente relatar que nem toda negativa indevida de benefício previdenciário é suficiente para caracterizar o dever de reparar o abalo moral. Isso porque, na concessão dos benefícios por incapacidade, o segurado é submetido à análise subjetiva do perito do Instituto Nacional do Seguro Social, fato que desconfigura o dever de indenizar, pois a reforma judicial da decisão está fundamentada no caráter não objetivo da decisão. Contudo, caso seja comprovada a existência de dolo, má-fé ou erro grosseiro do perito da Autarquia Federal, o dano moral deverá ser configurado. (Tribunal Regional Federal da 3ª Região TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL: ApCiv 5005703-50.2019.4.03.6106 SP).

Por outro lado, a existência de erro na análise de critérios objetivos, como carência, qualidade de segurado ou tempo para concessão do benefício, é capaz de configurar, automaticamente, a existência do dano moral, pela imposição do segurado ao limbo previdenciário. Isso porque uma das principais funções do Instituto Nacional de Seguro Nacional é a de analisar os requerimentos previdenciários que lhes foram submetidos, não podendo o segurado suportar os ônus destes equívocos. Dessa forma, sendo o ato administrativo de negativa submetido à apreciação do Poder Judiciário, verificada sua ilegalidade, a responsabilidade pelo período em que o segurado passou sem receber benefício previdenciário é da Autarquia Previdenciária (Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 - APELAÇÃO CÍVEL (AC): AC 0003009-37.2013.4.01.3819)

Por último, deve-se responsabilizar moralmente a ausência de respostas por parte do INSS, posto que a própria Autarquia Federal firmou acordo com o MPF

(Ministério Público Federal) e a DPU (Defensoria Pública da União) que obriga a última a analisar os benefícios por incapacidade em um prazo de 45 dias (RE 1171152 RG, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 09-10-2019 PUBLIC 10-10-2019).

Enquanto for vigente este acordo, deverá ser respeitado tal prazo. Por outro lado, quando tal acordo perder a eficácia, o art. 49 da Lei nº 9.784/99 (BRASIL, 1999), que estabelece prazo de 30 dias, prorrogáveis justificadamente, para decisão da autoridade administrativa, deverá ser respeitado. Caso haja um descumprimento injustificado e imotivado de tal prazo, o INSS deverá responsabilizar-se pela imposição do Limbo previdenciário do segurado que possui direito à percepção do benefício pleiteado.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho não teve o objetivo de exaurir o tema por completo, mas, dentro da proposta feita, conclui-se que existe a possibilidade de aplicação do dano moral previdenciário tanto aos casos de mora, como nos casos de erros na análise de critérios objetivos dos requerimentos de benefício por incapacidade, havendo, para tanto, necessidade de comprovar o ato ilícito do INSS.

Nesse sentido é necessário expor que o ato ilícito pode se configurar de diversas formas: comissiva, omissiva ou até por ato administrativo regulamentar. Isso porque por ato comissivo a Autarquia Previdenciária pode negar equivocadamente o benefício previdenciário requerido. Contudo, se este erro for sob requisitos objetivos pode-se ser considerado como erro grotesco, fato que ensejará a reparação por danos morais. Igualmente será possível a configuração do dano moral quando a perícia médica, análise subjetiva da capacidade do segurado, não reconhecer a incapacidade de um segurado que era flagrantemente incapaz, evidenciando, desta forma, o erro extravagante do INSS.

Na forma omissiva o dano moral em favor do segurado é devido quando há atraso na análise do benefício por incapacidade, sendo o prazo estabelecido pelo art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/91; art. 49 da Lei nº 9.784/99; ou Recurso Extraordinário nº 1171152 no qual foi homologado acordo entre o Instituto Nacional de Seguro Social e o Ministério Público Federal. Contudo, conforme ficou demonstrado pela jurisprudência pátria colacionada a este trabalho de conclusão de curso, fica sob a batuta do juiz fixar o montante da indenizatório que deverá ter como parâmetro o tempo que autarquia ultrapassou o prazo. Destaca-se que este trabalho de conclusão de curso não concorda com o entendimento de que se o INSS descumprir o prazo fixado por poucos dias afasta o dano moral.

Por último, é necessário relatar que há configuração também quando o ato normativo praticado pelo INSS é inconstitucional ou ilegal. Isso porque a autarquia previdenciária possui o direito de confeccionar atos regulamentários, a fim de organizar e dispor sobre o regime geral de seguro social. Contudo, a autarquia federal não pode usar este poder administrativo como subterfúgio para restringir os direitos dos segurados. Afinal, a função regulamentar não pode inovar no ordenamento jurídico. Por consequência disso, quando por algum entendimento normativo

inconstitucional ou ilegal o INSS impuser ao limbo previdenciário o segurado incapaz deverá ser configurado o ato ilícito, portanto, o dano moral será devido.

Em suma, ficou constatada a possibilidade de aplicação do dano moral previdenciário, inclusive decorrente da imposição do limbo previdenciário, seja por mora na análise de requerimentos administrativo, como pela configuração de erros grotescos na análise dos benefícios. Contudo, apesar deste trabalho de conclusão de curso possuir grande importância, destaca-se que o tema não foi esgotado. Portanto, é importante que seja realizada uma análise detalhada das decisões judiciais nos Tribunais Federais do Brasil, em novos estudos, a fim de que seja fixado um entendimento uniforme no território nacional, sob o caso de imposição de limbo previdenciário ao segurado da previdência social que esteja incapaz de realizar suas atividades laborativas.

Por fim, destaca-se que este trabalho de conclusão de curso não põe fim à pesquisa sobre tema que merece novos e maiores esclarecimentos.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. **Dano moral previdenciário**: um estudo teórico e prático com modelos de peças processuais. 4. ed. São Paulo: LTr, 2019.

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**, 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do estado**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

BRASIL, Portaria SEPRT n.º 6.734, de 09 de março de 2020. **NR 7 - Programa de controle médico de saúde ocupacional – PCMSO**. Brasília: Ministério do Trabalho e Previdência. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-07-atualizada-2022.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Brasil**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 10.410, de 30 de junho de 2020. Regulamento da previdência social. Brasília: **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.410-de-30-de-junho-de-2020-264503344>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103/2019**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.402, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acessado em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília-DF: **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acessado em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Manual técnico de perícia médica previdenciária**. Brasília: Instituto Nacional do Seguro Social, 2018.

BRASIL. **Medida Provisória nº 871/2019**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 116, de 20 de março de 2017**. Regimento Interno do Conselho de Recursos do Seguro Social. Brasília. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia//asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20120437/do1-2017-03-23-portaria-n-116-de-20-de-marco-de-2017--20120090. Acesso em: 1 mai. 2022

BRASIL. Portaria nº 450, de 3 de abril de 2020. Dispõe sobre as alterações constantes na Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, e na Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019. Brasília: **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-450-de-3-de-abril-de-2020-251287830>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **Recurso Especial 578.797-RS**. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília. DJ (24/02/03). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19374652/recurso-especial-resp-578797-rs2003-0162662-0/inteiro-teor-19374653>. Acesso em: 1 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 1.013**. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília. DJ (01/07/2020). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1013&cod_tema_final=1013. Acessado em: 01 mai 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 1.171.152-SC**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília. DJ (08/02/2021). Disponível em: <https://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=8084096>. Acessado em: 1 mai. 2022

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região (2ª Turma). **Recurso Ordinário 00997.98.2013.5.10.0009**. Rel. Des. Mário Macedo Fernandes Caron. Brasília. DEJT (20/04/2017).

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (5ª Turma). **Reexame Necessário 5003855-05.2010.4.04.7112-RS**. Rel. Des. Rogério Favreto. Porto Alegre. DJ (28/02/2012)

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 368 do TST**. Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Brasília. DJ (14/07/2017). Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-368. Acessado em: 01 mai. 2022

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. **Dano moral no direito previdenciário: doutrina, legislação, jurisprudência e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 570.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**. São Paulo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Forense, 1970.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência social**. 8. ed. Brasília: LTr, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES. Hely Lopes. **‘In’ Mandado de Segurança**, 13. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991 <https://www.ibdp.org.br/2021/12/09/inss-ainda-tem-estoque-de-18-milhao-de-pedidos-de-concessao-de-beneficio/> Acesso em: 1 mai. 2022

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública**. São Paulo: Ministério público de São Paulo, 1984.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Dano moral na relação de emprego**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ROCHA, Daniel Machado da; MÜLLER, Eugélio Luis. **Direito previdenciário em resumo**. 3. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2021.

ROCHA, Daniel Machado; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentário à lei de benefícios da previdência social**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de previdência social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Antônio Jeova. **Dano moral indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TONNIES, F. HOBBS. **O Leviatã**. Madrid: Alianza, 1988.