

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

ADEILTON BERNARDES DA SILVA

A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE MEDIANTE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA: análise da necessidade de perícia médica judicial previamente à implantação do benefício.

UBERLÂNDIA - MG

2017

ADEILTON BERNARDES DA SILVA

A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE MEDIANTE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA: análise da necessidade de perícia médica judicial previamente à implantação do benefício.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito.

Orientador (a): Prof. Msc. Jean Carlos Barcelos Martins

Uberlândia-MG

2017

ADEILTON BERNARDES DA SILVA

A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INCAPACIDADE
MEDIANTE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA: análise da necessidade de
perícia médica judicial previamente à implantação do benefício.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para a conclusão
do Curso de Direito.

Uberlândia, 14 de julho de 2017

BANCA DE AVALIAÇÃO

APROVADO EM __ / __ / __

Prof. Jean Carlos Barcelos Martins
Orientador

Prof. Márcia Leonora Santos Régis Orlandini
Membro

RESUMO

A previdência social brasileira é um seguro contra os riscos sociais decorrentes de idade avançada, doença, prisão, maternidade, entre outras situações pelas quais pode passar o trabalhador e que podem, momentânea ou definitivamente, impedi-lo de exercer funções laborais das quais possa retirar-lhe o sustento e de sua família.

Trata-se, assim, de um seguro público compulsório e de filiação obrigatória. Significa dizer que toda pessoa, ao exercer uma atividade laborativa, já está automaticamente filiada ao sistema, podendo fazer uso das prestações nele previstas (se preenchidas as condições, conforme se verá) e também tendo o dever de recolher as contribuições previdenciárias.

O presente trabalho visa a analisar as condições para recebimento de benefícios previdenciários por incapacidade e sua implantação em sede de tutela provisória.

Para isso, far-se-á necessário apresentar, ainda que brevemente, as características gerais do Regime Geral de Previdência Social para, após, iniciarmos o estudo dos benefícios por incapacidade previstos na lei de benefícios da previdência social (lei 8.213/91).

Será visto que, como requisito para recebimento de benefício por incapacidade, o segurado tem de comprovar sua inaptidão para o trabalho mediante laudo médico emitido pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

Dissentindo o segurado do resultado da perícia médica realizada na seara administrativa, poderá ele ingressar com uma ação judicial, pleiteando, em sede de tutela provisória, a implantação imediata do benefício.

Ocorre que, atualmente, cuidando-se de ação previdenciária para concessão de benefícios por incapacidade, há várias decisões judiciais, principalmente proferidas no âmbito dos Juizados Especiais da Justiça Federal, que postergam a apreciação da tutela provisória para após a realização da perícia médica judicial, concedendo ou negando o pedido na própria sentença.

Esse trabalho tem o condão, portanto, de analisar os eventuais motivos pelos quais tal prática está disseminada no judiciário federal e apontar, se for o caso, eventuais vícios jurídicos que possam macular tais decisões judiciais.

Palavras-chave: Benefício previdenciário. Incapacidade. Implantação. Tutela provisória de urgência.

ABSTRACT

The Brazilian social security is an insurance against social risks derivative from old age, illness, prison, maternity, among other situations that may be passed by the worker and may, temporarily or definitively, prevent him from performing work duties from which can withdraw the support from him and his family.

This is, therefore, a compulsory public insurance with mandatory membership. It means to say that every person, by exercise out a work activity, is automatically affiliated to the system, being able to make use of the benefits provided therein (if the conditions are fulfilled, as will be seen) and also having a duty to collect social security contributions.

This paper will analyze the conditions for receiving social security benefits by incapability and their implementation in a temporary guardianship.

To this end, will be necessary to introduce, even briefly, the general characteristics of the general social security system for, after, begin the study of the disability benefits provided by the social security benefits law (Law 8213/91).

It will be seen that, as a requirement to receive disability benefit, the insured must prove his disability to work by means of a medical report issued by the National Institute of Social Security.

If the insured doesn't agree with the result of the medical examination fulfilled in the administrative area, he may file a lawsuit claiming, in the instance of provisional guardianship, the immediate implementation of the benefit.

It occurs that, currently, in context of social security action to grant disability benefits, there are several judicial decisions, mainly issued under the scope of the Special Courts of Federal Justice, which postpone the assessment of provisional guardianship for after the judicial medical examination, granting or denying the request in the judgment itself.

Therefore, this work has the prerogative of analyzing the possible reasons by which this practice is disseminated in the federal judiciary and, if applicable, pointing out the possible legal defects that may tarnish such judicial decisions.

Keywords: *Social security benefits, incapability, implantation, urgent provisional guardianship.*

LISTA DE SIGLAS

AGU – Advocacia Geral da União
CRFB/88 ou CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil
DID – Data de Início da Doença
DII – Data de Início da Incapacidade
DIB – Data de Início do Benefício
DER – Data de Entrada do Requerimento
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INSS - Instituto Nacional do Seguro Social
MTE – Ministério do Trabalho e Emprego
LBPS – Lei de benefício da previdência social brasileira
RGPS - Regime Geral de Previdência Social
RPPS - Regime Próprio de Previdência Social
RPS - Regulamento da Previdência Social
STJ - Superior Tribunal de Justiça
STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. A PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA.....	11
1.1.Considerações gerais	11
1.2.Objetivos da seguridade social brasileira.....	13
1.3.Fundamentos da previdência social.....	15
1.3.1. A intervenção do Estado e a dignidade da pessoa humana.....	16
1.3.2. A solidariedade social.....	16
1.3.3. Acompulsoriedade da filiação.....	17
1.3.4. A proteção aos previdentes.....	17
1.3.5. A redistribuição de renda.....	17
1.3.6. O risco social.....	18
1.3.7. A segurança social.....	19
2. O PLANO DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	20
2.1. Considerações gerais.....	20
2.2. Filiação e inscrição.....	21
2.3. Carência.....	22
2.4. Manutenção e perda da qualidade do segurado.....	23
2.4.1. Manutenção da qualidade do segurado.....	24
2.4.2. Perda da qualidade de segurado.....	25
2.5. Incapacidade anterior à filiação.....	25
2.6. atividades laborativas durante a incapacidade.....	26
2.7. Momento de reconhecimento da incapacidade.....	27
2.8. Diversas formas de incapacidade para o trabalho.....	28
2.8.1. Incapacidade quanto ao grau.....	28
2.8.2. Incapacidade quanto à duração.....	29
2.8.3. Incapacidade quanto à profissão.....	30
2.8.4. Incapacidade social.....	31
2.9. Incapacidade laborativa e a invalidez.....	33
3. OS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE EM ESPÉCIE.....	35
3.1. Das considerações gerais.....	35
3.2. Aposentadoria por invalidez.....	35
3.3. Auxílio-doença.....	37
3.4. Auxílio-acidente.....	39
3.5. Habilitação/reabilitação profissional.....	40
3.6. Benefício de prestação continuada (BPC).....	40
3.7. Benefícios por incapacidade e necessidade de realização de perícia médica.....	44
4. AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	46
4.1. Condições para a concessão da tutela provisória de urgência.....	47
4.1.1. Probabilidade do direito.....	48
4.1.2. Perigo da demora.....	49
4.1.3. Reversibilidade da medida.....	49
4.2. As tutelas provisórias de urgência nos benefícios por incapacidade.....	50

4.3. A concessão de tutelas provisórias nos benefícios por incapacidade.....	52
4.3.1. Possíveis justificativas para a prática ter se disseminado.....	54
4.3.1.1. Grande número de processos para julgamento.....	54
4.3.1.2. Maior segurança jurídica na tomada de decisões.....	56
4.3.1.3. Praticidade e concentração de fases processuais.....	57
4.3.1.4. Inexistência de risco da irreversibilidade da medida.....	58
4.3.1.5. Prevalência da perícia técnica sobre o laudo particular.....	60
4.4. Possíveis vícios jurídicos da decisão proferida.....	61
4.4.1. Negativa de prestação jurisdicional e a inafastabilidade da jurisdição.....	61
4.4.2. O dever de fundamentação jurídica das decisões judiciais.....	63
4.4.3. O convencimento motivado e a persuasão racional do julgador.....	65
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

A previdência social brasileira é um sistema de natureza pública, contributiva e de filiação compulsória, que objetiva cobrir os chamados riscos sociais, os quais poderão surgir em razão de prisão, maternidade, velhice, doença, etc.. Todos os riscos, de maneira geral, estão relacionados com a incapacidade laborativa do segurado, seja ela total, parcial, temporária ou permanente, impossibilitando-o de exercer uma atividade da qual possa retirar seu sustento bem como de sua família.

Para os riscos sociais relacionados à incapacidade de trabalho em virtude de doença, há situações em que o segurado é acometido de alguma patologia (doença) ou lesão que o impede de exercer suas funções laborais, oportunidade em que poderá fazer uso do sistema de previdência pública para garantir seu sustento durante o período de incapacidade.

Ocorre que essa incapacidade, nos termos da legislação previdenciária de regência, somente é atestada mediante prova pericial (laudo médico), tanto na esfera administrativa, quanto no âmbito judicial. Administrativamente, há peritos médicos nomeados pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – com a função exclusiva de realizar as perícias dos segurados, atestando ou não sua incapacidade para o trabalho.

Caso ateste a incapacidade, o segurado receberá o benefício, de forma temporária ou permanente (conforme o parecer médico, e de acordo com as características do benefício) até recuperar suas condições para exercer funções laborais e, conseqüentemente, poder auferir seu próprio sustento mediante a força de seu trabalho.

Não raro acontece, entretanto, de o médico do INSS responsável pelo ato pericial entender que o segurado está em condições de realizar atividade laboral, ainda que outros profissionais atestem de maneira contrária. Nessas situações, esgotadas as vias administrativas, descortina-se ao segurado da previdência social a possibilidade de ingressar com ação judicial especialmente destinada à concessão do benefício.

Diante da demora na solução do litígio pela justiça brasileira (em razão do grande volume de processos que tramitam no nosso país) bem como pelo fato de se cuidar de prestação de natureza alimentícia (uma vez que substitui o próprio trabalho do segurado), as ações judiciais cujo objeto seja de implantação de benefício requerem um provimento judicial que determine a implantação imediata do benefício, pois a utilidade

do processo poderia ficar prejudicada caso o segurado tivesse reconhecido seu direito após cinco ou mais anos após o ingresso do processo (tempo normalmente necessário para o trânsito em julgado de uma ação judicial).

Atendo a isso, o novo código de processo civil brasileiro (lei 13.105/2015) prevê a possibilidade de o segurado, por meio da tutela provisória satisfativa de urgência, solicitar, de imediato, a implantação de benefício previdenciário em razão de sua incapacidade laborativa, bastando que se comprovem as exigências previstas na lei de benefícios, bem como na própria lei processual (conforme será visto neste trabalho).

Assim, diante da urgência que o caso requer (tutela provisória de urgência) ou da probabilidade jurídica do pedido formulado (tutela provisória da evidência), poderá o julgador antecipar em favor do segurado os efeitos da decisão que somente seria possível com o trânsito em julgado da ação judicial.

Entretanto, a prática forense revela que os magistrados, apesar da possibilidade de conceder de imediato provimento judicial para implantação do benefício (por certo, diante do preenchimento das condições para tanto), postergam a apreciação do pedido para somente após a realização de perícia médica em juízo.

De maneira geral, as decisões judiciais, tomadas em sua maioria no âmbito dos juizados especiais cíveis, simplesmente postergam a análise da tutela provisória para depois de realização da perícia em juízo. Eis um exemplo de decisão judicial que negou a concessão de benefício por incapacidade ao segurado (mediante tutela provisória de urgência), cujo teor, praticamente idêntico às demais decisões, será explorado no presente trabalho¹:

(...) Pelos elementos que instruem a inicial, não há demonstração inequívoca do atendimento dos requisitos legais necessários para a implantação imediata do benefício almejado. Assim, INDEFIRO o pedido de tutela de urgência. Se, ao final, entender pelo acolhimento da pretensão autoral, anteciparei os efeitos da tutela na própria sentença. ANTECIPO, no entanto, a realização de exame pericial médico (...).

¹ Decisão proferida no processo 0006412-91.2015.4.01.3803, o qual tramitou na Justiça Federal de Uberlândia, Subseção pertencente ao Tribunal Regional Federal da Primeira Região. No mesmo sentido, decisões proferidas nos processos 0006412-91.2015.4.01.3803; 0068630-06.2015.4.01.3400; 0072717 - 39.2014.4.01.3400; 0011222-17.2012.4.01.3803; 9154-31.2011.4.01.3803; 10047-22.2011.4.01.3803; 5843-95.2012.4.01.3803; 5565-94.2012.4.01.3803; 10732-92.2012.4.01.3803; 0054299-82.2016.4.01.3400; 4393-44.2017.4.01.3803;

Assim, caso o segurado não tenha condições de realizar suas atividades laborativas, o julgador irá, na sentença, e à vista da perícia médica judicial, julgar procedente o pedido de tutela provisória reclamado na inicial.

Entretanto, entre o ingresso da ação judicial até que seja proferida a sentença não são consumidos menos de –demorados- três anos, com sorte dois, até que o segurado possa lograr êxito no seu direito vindicado. Diante da demora havida para a solução da lide previdenciária, o segurado não poderá ficar privado de seu sustento durante o período que tramita a ação, especialmente porque os benefícios previdenciários são substitutivos do salário do trabalhador, ou seja, dele depende seu sustento e de sua família.

Na situação apresentada, o segurado poderá, diante da convicção médica do profissional que o acompanha (é dizer, seu médico assistente particular), ser considerado incapaz para o exercício da atividade que lhe garanta o sustento. A situação é relatada por escrito, por meio de laudo médico, fazendo, portanto, prova dessa condição. Ingressa-se, posteriormente, com ação judicial atestando que o segurado preenche todas as condições para recebimento do benefício.

Ocorre que o magistrado, em vez de analisar o preenchimento das condições para concessão do benefício de acordo com a legislação de regência, posterga a análise da tutela provisória para momento futuro.

É justamente sobre o ato de postergar a apreciação do pedido de tutela provisória que se debruça o presente trabalho. Apresentar-se-á as razões pelas quais a prática se disseminou no âmbito do poder judiciário federal, analisando possíveis justificativas dessa disseminação, e ao final, analisar-se-á a decisão, sob o ponto de vista jurídico, apontando eventuais vícios existentes na mesma.

Antes, porém, será necessário realizar breves considerações sobre o sistema previdenciário brasileiro, assunto a ser tratado no próximo capítulo.

1. A PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

1.1. Das considerações gerais

A previdência social brasileira é um seguro de caráter obrigatório para o trabalhador formal (daí se fala que a filiação do trabalhador ao regime é compulsória) e tem a finalidade de proteger esse trabalhador de situações diversas relacionadas aos chamados ‘riscos sociais’, como velhice (aposentadoria por idade), prisão (auxílio-reclusão), maternidade (salário maternidade), doença (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente), entre outras situações². Como bem pondera Fábio Zambitte Ibrahim³:

A previdência social é tradicionalmente definida como seguro *sui generis*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados riscos sociais.

Para os chamados regimes básicos, há um regime geral de previdência social (RGPS), destinado a todos os trabalhadores brasileiros, e um regime próprio de previdência (RPPS), destinado aos titulares de cargos efetivos da União, Estados, e os Municípios, ou seja, aos servidores públicos. Além desses, ditos obrigatórios, há também regimes privados de previdência, cuja filiação é voluntária.

Sobre os regimes próprios, ensina Ivan Kertzman que⁴

Fazem parte destes regimes os servidores públicos da União, dos Estados e dos Municípios que preferiram organizar o seu pessoal segundo um estatuto próprio. Daí afirmar-se que estes servidores são estatutários, ou seja, obedecem a normas especiais, são por isso diferentes daqueles aplicados aos trabalhadores da iniciativa privada. Os militares também têm o seu regime próprio segundo normas igualmente diferenciadas.

Esse trabalho tecerá comentários ao regime geral de previdência social (RGPS), razão pela qual apenas se menciona a existência dos demais regimes.

² A aposentadoria por tempo de contribuição é outro benefício da previdência social que considera a idade contributiva do segurado, além de, normalmente, exigir uma idade mínima para ter acesso ao benefício. A aposentadoria especial, por outro lado, é devida ao segurado que labora diante de situações que prejudiquem a sua saúde ou a integridade física (art. 57 da lei 8.213/91). Por fim, completando o plano de benefícios, há o salário família, benefício que considera a renda do segurado bem como a quantidade de filhos que o mesmo possui. Assemelha-se, em verdade, com uma espécie de ajuda de custo do Estado ao trabalhador de baixa renda.

³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 20ª Edição. 2015. Pág. 27

⁴ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**, Salvador: Editora Juspodvim, 12ª Edição 2015. Pág. 38

Uma vez filiado ao regime geral de previdência, o segurado tem o dever de contribuir ao sistema (por isso se diz contributivo) e, em contrapartida, também poderá usufruir das prestações previdenciárias. E isso ocorre que todos aqueles que exercem atividade laboral e reverterem suas contribuições, ou seja, o seguro social tem cobertura coletiva em relação aos beneficiados.

A filiação obrigatória (ou compulsória) tem escorço constitucional, cujo texto, previsto no art. 201 da Constituição Federal de 1988, assim dispõe “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”, (...).

Afirmar que a previdência social tem caráter contributivo significa dizer que somente aqueles que contribuírem para o sistema poderão usufruir das respectivas prestações previdenciárias. É o oposto do que é previsto para o direito relativo à saúde bem como para a assistência social (tríade que contempla o conceito de seguridade social⁵ previsto na CF/88), para os quais não há exigência de qualquer contribuição ao sistema para o beneficiário fazer jus às prestações.

O RGPS é também um sistema de previdência regulado pelo direito público (organização estatal)⁶, haja vista que compete ao Estado regular a relação jurídica entre o segurado e a previdência social. Entretanto, merece menção a advertência apresentada por Ivan Kertzman⁷:

Registre-se com atenção que a corrente mais moderna, entretanto, rechaça esta divisão dualista do Direito [direito público e privado]. Fala-se atualmente da existência do chamado Direito Social, que englobaria os ramos trabalhista e previdenciário. Esta posição é sustentada pela maioria dos especialistas do ramo previdenciário.

Os riscos sociais que merecem proteção do regime geral de previdência foram dispostos no próprio texto constitucional, em rol meramente exemplificativo em razão

⁵ Art. 194 da CF/88: A seguridade social 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.

⁶ Quanto à dicotomia direito público x privado, a doutrina subdivide o direito considerando a relação que há entre os particulares e o Estado. No direito público, prepondera uma relação de desigualdade jurídica, visto que o Estado, responsável pela prevalência do interesse público, tem o dever de atuar para atender aos anseios da coletividade. No âmbito do direito privado, ao contrário, vigora a ideia de igualdade jurídica, alicerçada no princípio da autonomia privada.

⁷ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**, Editora Juspodvim, 12ª Edição 2015. Pág. 89

da própria abertura de conceitos que integra. Estão mencionados nos incisos do art. 201 da CF/88:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte 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.

A despeito de o legislador ter feito menção de que a proteção do trabalhador em situação de desemprego involuntário ensejaria uma prestação previdenciária (inciso IV, do art. 201 da CF/88, acima), em verdade o seguro-desemprego, como é atualmente conhecida a proteção, não faz parte do sistema de previdência pública. É regulado pela lei 7.998/1990, com alteração pela lei 13.134/2015.

Nesse sentido, merecem novamente serem referenciadas as palavras de Ivan Kertzman⁸,

Embora no texto constitucional haja previsão expressa de que a previdência social deve proteger o trabalhador em situação de desemprego involuntário, o benefício governamental fornecido nesta situação - seguro-desemprego - é administrado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, não fazendo parte dos benefícios previdenciários. Ocorre que este benefício é tipicamente previdenciário e de fato deveria ser oferecido pela previdência social, entretanto, devido a razões políticas, sua administração passou para o Ministério do Trabalho.

Em sendo assim, iniciada uma relação de trabalho, o segurado já está automaticamente vinculado ao sistema de previdência social público, podendo fazer uso das prestações previdenciárias (respeitada, conforme o caso, a carência exigida, consoante se verá adiante) bem como tendo o dever de recolher suas contribuições previdenciárias.

1.2. Objetivos da seguridade social brasileira

De acordo com o art. 194 da CF/88, a seguridade social 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. A seguridade

⁸ *Ob. Cit.*, Pág. 27

social, portanto, é um gênero que contempla como espécies a saúde, a previdência e assistência social.

Os objetivos da seguridade social serão, também, no que for compatível com o regime, objetivos da previdência social brasileira. Estão enumerados no art. 194, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 194. A seguridade social 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.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O primeiro objetivo enumerado pelo legislador brasileiro para a seguridade social é a universalidade da cobertura e do atendimento. Para Hugo Goes⁹, “a universalidade da cobertura deve alcançar todos os riscos sociais que possam gerar o estado de necessidade. A universalidade do atendimento tem por objetivo tornar a seguridade social acessível a todas as pessoas”.

Já a uniformidade e equivalência de benefícios e serviços visa a garantir isonomia entre os trabalhadores urbanos e rurais, sendo defeso ao sistema de seguridade criar tratamentos distintos entre as classes de trabalhadores.

A seletividade deverá lastrear a escolha feita pelo legislador dos benefícios e serviços integrantes da seguridade social, bem como os requisitos para a sua concessão, conforme as necessidades sociais e a disponibilidade de recursos orçamentários, funcionando como limitadora da universalidade da seguridade social¹⁰.

A irredutibilidade do valor do benefício é garantia do segurado de que seu benefício não terá seu valor diminuído no decorrer do tempo. Entretanto, a

⁹ GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de Direito Previdenciário**, 3ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Ferreira 2009, pág. 13

¹⁰ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**, 7ª Ed. Salvador. Editora JusPodvim, 2015, pág. 30.

jurisprudência do STF¹¹ tem considerado que a garantia em tela alcança apenas a irredutibilidade nominal, não a real.

Não há, portanto, ao segurado, a garantia de seu benefício será corrigido monetariamente com o fim de acompanhar a desvalorização da moeda, ou seja, inflação. Apenas o valor nominal do benefício não poderá ser diminuído.

A equidade de participação no custeio é um desdobramento do princípio da igualdade, visto que cada um contribuirá para o sistema de seguridade social na medida de suas capacidades. Nas palavras de Ivan Kertzman¹²

Para se definir a participação no custeio da seguridade social, leva-se em consideração a capacidade de cada contribuinte. As contribuições sociais devem ser criadas atentando-se para este princípio, que satisfaz os três grupos da seguridade social.

A diversidade da base de financiamento é garantia do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, visto que as fontes de recursos para fazer frente aos gastos não serão vertidas unicamente pelos trabalhadores, mas pela sociedade com um todo. Alinha-se, tal princípio, com o fundamento de solidariedade social.

Por fim, a participação no regime de seguridade social será descentralizado e democrático, garantindo que toda a sociedade possa ter participação efetiva no sistema de seguridade implantado pelo constituinte.

1.3. Fundamentos da previdência social

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazari, em seu Manual de Direito Previdenciário¹³, enumera os seguintes fundamentos da previdência social: a intervenção do Estado e a dignidade da pessoa humana; a solidariedade social; a compulsoriedade da filiação; a proteção aos previdentes; a redistribuição de renda; o risco social e segurança social.

Tais fundamentos são os verdadeiros postulados sobre os quais assentam o sistema de previdência pública. São princípios que regem a interpretação de toda a legislação previdenciária.

¹¹ STF, AI-AgR 618777/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 03.08.07.

¹² KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**, Editora Juspodvim, 12ª Edição 2015. Pág. 58

¹³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista Pereira. **Manual de Direito Previdenciário**. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense. 2014 – versão digital.

Passar-se-á, a seguir, aos comentários a cada um deles, todos realizados à luz da obra acima mencionada.

1.3.2. A intervenção do Estado e a dignidade da pessoa humana

A previdência social, assentada na ideia de proteção do trabalhador, requer uma atuação firme do Estado no sentido de criar normas que possam proteger a pessoa humana em suas múltiplas facetas. Conforme assinala Marcelo Leonardo Tavares¹⁴,

O respeito à dignidade não deve ser encarado somente como um dever de abstenção do Estado na invasão do espaço individual de autonomia. Isto é pouco. Cabe à organização estatal criar mecanismos de proteção do homem para que este não seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do poder público ou por seus semelhantes.

Considerando os vários riscos a que se sujeita o trabalhador, este somente terá proteção efetiva se o sistema previdenciário lhe garantir que, durante sua inatividade, que não lhe faltará recursos para prover seus sustento e o de sua família. Daí porque o sistema de previdência é um dos meios a garantir uma vida digna ao segurado.

1.3.3. A solidariedade social

A solidariedade social decorre do fato de que não se pode imputar ao trabalhador o dever de resguardar uma previdência particular (uma poupança, por exemplo) para eventuais infortúnios que possam existir durante sua vida.

Nesse sentido, bem esclarece Vilian Bolman, “se a principal finalidade da Previdência Social é a proteção à dignidade da pessoa, não é menos verdadeiro que a solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental do Direito Previdenciário”¹⁵.

Daí a necessidade de criação de um fundo comum de previdência capaz de proteger o trabalhador diante dos chamados ‘riscos sociais’. Referido fundo de previdência, de natureza pública, requer a contribuição de todos para proteção do trabalhador que, por motivos diversos, encontra-se impossibilitado de exercer suas funções laborais.

A solidariedade surge, então, como dever da sociedade de contribuir para o sistema de previdência, na medida da capacidade de cada um.

¹⁴ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 49-50.

¹⁵ BOLLMANN, Vilian. **Hipótese de Incidência Previdenciária e Temas Conexos**. São Paulo: LTr, 2005, p. 22.

1.3.4. A compulsoriedade da filiação

A filiação do trabalhador ao regime de previdência é compulsória, ou seja, basta a ele realizar algum trabalho remunerado para, automaticamente, filiar-se ao sistema.

Por outras palavras, a filiação do segurado ao regime de previdência pública decorrerá automaticamente de seu exercício laborativo, haja vista que, caso dependesse da vontade do segurado em se filiar ao sistema (é dizer, se não fosse automática a filiação), certamente o trabalhador deixaria a proteção previdenciária em segundo plano, fato que exigiria, a médio ou longo prazo, uma prestação do Estado sem o correspondente contrapartida de recursos para fazer frente às demandas.

A filiação ao sistema de previdência social, portanto, independe da manifestação de vontade do indivíduo. Para se filiar ao sistema de previdência pública, basta ao trabalhador exercer alguma atividade laborativa e, conseqüentemente e sem formalidade legal exigida, já estará automaticamente filiado.

1.3.5. A proteção aos previdentes

A proteção aos previdentes decorre da ideia de que somente terá proteção do sistema previdenciário aqueles que subverterem recursos ao fundo destinado a esse fim.

Esclarece Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari que¹⁶,

Baseando-se nas mesmas premissas das quais se utiliza o legislador previdenciário para estabelecer a obrigatoriedade de filiação, sustenta-se que a Previdência Social cria para todos os indivíduos economicamente ativos uma proteção a sua renda, uma vez que, sendo o sistema calcado no ideal de solidariedade, se apenas os mais previdentes resolvessem fazer a contribuição para o seguro social, os demais, ao necessitarem da tutela estatal por incapacidade laborativa, causariam um ônus ainda maior a estes trabalhadores previdentes.

Portanto, se o trabalhador não contribuir para o sistema, não terá ele qualquer proteção previdenciária, visto que o mesmo tem natureza contributiva. Poderá, se for o caso, fazer uso das prestações relacionadas à saúde e à assistência social, pilares da seguridade social para as quais não se exige qualquer contribuição.

1.3.6. A redistribuição de renda

Não basta ao sistema de previdência pública a criação de um fundo destinado a suprir as necessidades dos trabalhadores em situações de risco. Os proventos advindos

¹⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista Pereira. **Manual de Direito Previdenciário**. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014 – versão digital. Pág. 46.

do sistema deverão ser capazes de redistribuir a renda entre os segurados, de maneira a garantir também a igualdade no plano material.

Castro e Lazzari, na obra já citada, adverte que ¹⁷,

cabe à Previdência Social também a incumbência da redução das desigualdades sociais e econômicas, mediante uma política de redistribuição de renda, retirando maiores contribuições das camadas mais favorecidas e, com isso, concedendo benefícios a populações de mais baixa renda. Por esta razão, defende-se que a Previdência Social deva ser universal, ou seja, abranger, num só regime, toda a população economicamente ativa, exigindo-se de todos contribuições na mesma proporção e, em contrapartida, pagando-se benefícios e prestando-se serviços de igual magnitude, de acordo com a necessidade de cada um – conforme a noção de seletividade das prestações previdenciárias. Tem-se aí uma das finalidades da Previdência, qual seja, o alcance da justiça social.

A redistribuição de renda é um fundamento que visa reduzir as desigualdades sociais e econômicas havidas no território do Estado. O sistema de previdência pública, na medida em que realiza prestações pagas em dinheiro, melhora a circulação da riqueza em solo nacional e, conseqüentemente, funciona como importante instrumento de redistribuição de renda.

1.3.7. O risco social

O exercício do labor tem uma natureza relacional: por um lado há o trabalhador (pessoa humana que realiza um trabalho) e, de outro, haverá aquele a quem esse trabalho é dirigido, ou seja, o tomador. No entanto, a proteção do trabalhador em situação de risco não pode ser imputada apenas a quem o labor é prestado (tomador), mas a sociedade como um todo. Para Castro e Lazzari¹⁸,

cabe à sociedade assegurar seu sustento ao indivíduo vitimado por uma incapacidade laborativa, já que toda a coletividade deve prestar solidariedade aos desafortunados, sendo tal responsabilidade de cunho objetivo – não se cogitando, sequer, da culpa do vitimado.

Os riscos sociais, portanto, reclamam da sociedade um comportamento ativo, assentado na ideia de solidariedade, para angariar recursos aptos a garantir a sobrevivência do trabalhador vitimado.

1.3.8. A segurança social

¹⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista Pereira. **Manual de Direito Previdenciário**. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Forense. 2014 – versão digital. Págs. 47/48.

¹⁸ *Ob cit.* Pág. 49

A segurança social é o fim a que se almeja mediante aplicação dos fundamentos anteriores, garantindo uma sociedade justa e solidária, prevenindo a pobreza através de padrões de vida adequados.

No entanto, nem todos os indivíduos exercem funções laborais capazes de serem protegidos pelo sistema. Daí a necessidade de atuação Estatal de forma a proteger aqueles que não têm condições de fazê-lo por meio de seu trabalho.

Surge, assim, a assistência social, prestada de forma gratuita e independente de contribuição, como corolário último da segurança social almejada. A segurança social seria, dessa forma, um último estágio de proteção do trabalhador, garantida socialmente por todas as demais pessoas.

Vistos os fundamentos e objetivos da previdência social brasileira, abordar-se-á, no próximo capítulo, o plano de benefícios da previdência social brasileira, atualmente regulada pela lei 8.213/91 e regulamentada pelo decreto 3.048/99.

2. O PLANO DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

2.1. Considerações gerais

Atualmente, a lei de benefícios da previdência social, qual seja, a lei 8.213/91, apresenta doze prestações previdenciárias, sendo dez benefícios e dois serviços. Referida lei é regulamentada pelo decreto 3.048/99.

No âmbito da legislação previdenciária, prestação é gênero do qual são espécies benefícios e serviços previdenciários. Os benefícios diferem-se dos serviços porque são prestações previdenciárias pagas em dinheiro. Já os serviços são bens imateriais postos à disposição do segurado¹⁹.

São benefícios da previdência social: quatro aposentadorias (por idade, por tempo de contribuição, por invalidez e especial); três auxílios (doença, acidente e reclusão); dois salários (família e maternidade) e a pensão por morte, o que totaliza dez benefícios.

Além dos benefícios, existem dois serviços: a habilitação/reabilitação profissional e o serviço social.

Os benefícios previdenciários poderão ter como destinatários os segurados ou seus dependentes. De acordo com o plano de benefícios da previdência social brasileira, destinam-se exclusivamente aos segurados do regime geral de previdência social – RGPS- as seguintes prestações: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, auxílio-acidente (Art. 18, I, ‘a’ a ‘h’ da lei 8.213/91).

Destina-se exclusivamente aos dependentes do segurado do RGPS a pensão por morte e o auxílio reclusão (art. 18, II, ‘a’ e ‘b’ da lei 8.213/91).

Os segurados bem como seus dependentes poderão fazer uso dos serviços previdenciários, que são o serviço social e a habilitação/reabilitação profissional, conforme será visto a seguir.

Para o fim a que se destina o presente trabalho, qual seja, analisar os benefícios por incapacidade que necessitam de perícia médica como requisito para sua concessão, serão tecidos comentários apenas sobre os requisitos necessários para a concessão dos

¹⁹ GOES, Hugo Monteiro de. **Manual de Direito Previdenciário**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2009, p. 129.

seguintes benefícios: aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, auxílio-acidente e habilitação/reabilitação profissional.

Via de regra, os demais benefícios previstos no regime geral de previdência social não tem como requisito a prova de incapacidade laborativa para sua concessão, porque contempla outras variáveis que não a incapacidade para o trabalho.

Em sendo assim, neste estudo, optou-se por tecer breves comentários apenas sobre os benefícios por incapacidade, a fim de explicitarmos a necessidade da perícia médica como atestado dessa condição, exigência legal para o recebimento do benefício.

Antes, porém, faz-se necessário abordar alguns conceitos importantes previstos na legislação previdenciária para, após, adentrar nos benefícios por incapacidade em espécie. São eles: filiação e inscrição, carência, manutenção e perda da qualidade do segurado, entre outros.

2.2. Filiação e inscrição

Conforme visto anteriormente, a filiação do segurado ao regime de previdência ocorre automaticamente pelo exercício de atividade laborativa remunerada. Portanto, estará filiado ao sistema o trabalhador que desempenhar suas funções desde seu primeiro dia de trabalho.

Nas palavras de Fábio Zambite Ibrahim²⁰,

Daí surge a relevância da filiação, que é o vínculo jurídico que se estabelece entre o segurado e o RGPS. Decorre automaticamente da atividade remunerada, ou seja, no momento em que uma pessoa iniciar o exercício de alguma atividade remunerada, *ipso facto*, estará filiada à previdência social.

É o que determina o § 12 do art. 9º do decreto 3.048/99: “o exercício de atividade remunerada sujeita a filiação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social”.

Inscrição, por outro lado, é um ato administrativo pelo qual o segurado é cadastrado no regime. Nesse sentido, dispõe o art. 18 do RGPS:

Art. 18. Considera-se inscrição de segurado para os efeitos da previdência social o ato pelo qual o segurado é cadastrado no Regime Geral de Previdência Social, mediante comprovação dos dados pessoais e de outros elementos necessários e úteis a sua caracterização.

²⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20ª edição. Niterói: Ed. Impetus, 2015, p. 173.

São conceitos, portanto, que não se confundem: estará o segurado vinculado ao regime geral de previdência social pelo simples exercício de atividade laborativa remunerada. A inscrição somente ocorrerá após o cadastramento do segurado no RGPS, providência a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

2.3. Carência

Para fazer jus a determinado benefício previdenciário, o segurado deverá, em determinadas hipóteses previstas no RGPS, comprovar o recolhimento de um certo número de contribuições previdenciárias, sob pena de não ter direito à percepção do benefício. Trata-se do chamado período de carência.

A lei de benefícios da previdência social brasileira (8.213/91), em seu art. 24, conceitua período de carência nos seguintes termos “Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências”.

Significa dizer que o segurado, para usufruir de algum benefício previdenciário, deverá contribuir com algumas mensalidades para o sistema, ou seja, deverá ele comprovar o recolhimento de um certo número de contribuições previdenciárias.

Analisando a carência apenas para os benefícios por incapacidade, objeto do nosso estudo, para o auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, o período de carência exigido é de 12(doze) contribuições mensais (art. 25, I, da LBPS). Já para o auxílio-acidente, não se exige carência nenhuma (art. 26, I, da LBPS).

É importante destacar que, se o segurado da previdência social for acometido de um acidente que o tornar inapto para o trabalho, poderá ser aposentado por invalidez ou receber auxílio-doença, independentemente de contribuição, segundo prevê o art. 26, II, da LBPS.

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

(...)

II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho (...)

Também não se exige qualquer carência para fazer uso do serviço social e da reabilitação profissional (art. 26, IV e V da LBPS).

Mister apontar ainda que, para algumas patologias, a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez independe de qualquer contribuição prévia. Basta, pois, ser segurado da previdência social para usufruir o benefício. As patologias que independem de carência estão, exemplificadamente, enumeradas no art. 151 da lei 8.213/91:

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.

Fala-se que o rol de doenças não é taxativo visto que o Ministério da Previdência Social deverá, a cada 03(três) anos, elaborar uma listagem de patologias para as quais não se exigirá qualquer tipo de carência. É o que determina o art. 26, II, da LBPS:

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

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

Em resumo, para os benefícios por incapacidade, a carência exigida é de 12(doze) contribuições mensais para a percepção de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Não se exigirá carência para o auxílio-acidente e habilitação/reabilitação profissional. Estará também dispensada a carência se o segurado sofrer acidente que o tornar inapto ao trabalho ou for acometido de alguma das patologias enumeradas acima.

2.4. Manutenção e perda da qualidade de segurado

Há situações nas quais, mesmo sem recolher contribuições previdenciárias, o segurado ainda estará acobertado pelo sistema de proteção previdenciária. Trata-se, portanto, de assunto referente à manutenção ou perda da qualidade do segurado, que será visto a seguir.

2.4.1. Manutenção da qualidade de segurado

A manutenção da qualidade de segurado é o período em que a pessoa, mesmo sem contribuir para o sistema, conserva a proteção previdenciária.

Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim²¹,

Neste período, a pessoa mantém seu liame previdenciário, ou seja, mantém-se como segurado do RGPS, preservando seus direitos e de seus dependentes. Permite assim a lei que o segurado busque o reingresso no mercado de trabalho sem ficar ao desamparo. O período de manutenção da qualidade de segurado é mera extensão da cobertura previdenciária, a fim de dar oportunidade ao trabalhador de obter nova atividade em certo tempo.

Segundo dispõe o art. 15 da LBPS:

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

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

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

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

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

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

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

§ 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.

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

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

Em linhas gerais, quem está em gozo de benefício previdenciário, conserva a condição de segurado do RGPS durante o período de percepção do benefício (art. 15, I).

Se o segurado for acometido de uma doença de segregação compulsória, é dizer, aquela para a qual recomenda-se isolamento absoluto, ele conservará essa condição por doze meses após cessar a segregação (art. 15, III).

²¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20ª edição. Niterói: Ed. Impetus, 2015, p. 538.

Também por doze meses terá proteção previdenciária o segurado recluso, contado esse prazo a partir do recolhimento à prisão (art. 15, IV).

O segurado facultativo ainda terá cobertura securitária por seis meses, após o término da última contribuição, ao passo que o licenciado das forças armadas manterá a proteção pelo período de três meses (art. 15, V e VI).

Das hipóteses acima, merece relevância a situação do trabalhador que deixa de contribuir para a previdência social quando já possui mais de 120(cento e vinte) contribuições previdenciárias: se comprovar a situação de desemprego mediante registro no órgão do MTE, manterá sua cobertura previdenciária por 36(trinta e seis) meses.

2.4.2. Perda da qualidade de segurado

Segundo Hugo Monteiro de Goes²², a “perda da qualidade de segurado é a extinção da relação jurídica existente entre o segurado e a previdência social, acarretando, por conseguinte, a caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade”.

Uma vez perdida a condição de segurado, desaparece o liame jurídico de proteção relativo ao sistema de previdência pública brasileira. Significa dizer que o segurado não mais disporá de proteção previdenciária, não podendo usufruir das prestações previstas no regime porque dele já não faz mais parte.

Importante mencionar, ainda, em matéria de benefícios previdenciários por incapacidade, o enunciado sumular n. 26 da Advocacia Geral da União –AGU, segundo o qual, “para a concessão de benefício por incapacidade, não será considerada a perda da qualidade de segurado decorrente da própria moléstia incapacitante”.

Portanto, se a moléstia que acometeu o segurado o tornar incapaz para o trabalho e, em razão disso, ele perder a condição de segurado por conta da inatividade, essa perda não prejudicará o recebimento do benefício previdenciário.

2.5. Incapacidade anterior à filiação

Se o trabalhador que se filiar à previdência social já for acometido de alguma patologia ou lesão, não terá ele o direito de receber benefício por incapacidade da previdência social.

²² GOES, Hugo Monteiro de. **Manual de Direito Previdenciário**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2009, p. 122.

É dizer, a doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez nem a auxílio-doença, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão. É o que determina o art. 59 e 42, § 2º da LBPS.

No mesmo sentido, dispõe a súmula n. 53 da TNU: “Não há direito a auxílio-doença ou a aposentadoria por invalidez quando a incapacidade para o trabalho é preexistente ao reingresso do segurado no Regime Geral de Previdência Social”.

Portanto, somente estará acobertado pelo sistema previdenciário o segurado portador de doença ou lesão que se agravar durante o período de cobertura previdenciária, para aqueles já portadores da enfermidade ao tempo da filiação, ou aquele segurado que for acometido de alguma patologia durante o período de proteção previdenciária.

2.6. Atividades laborativas durante a incapacidade

Há situações nas quais o segurado, mesmo sem ter plenamente condições de trabalhar, exerce funções laborativas diversas, haja vista que delas depende seu sustento e de sua família.

Isso ocorre especialmente nas situações em que o segurado procura o INSS clamando uma prestação previdenciária, mas há negativa da autarquia na concessão do benefício pelo fato de não ter sido considerado, pela perícia médica judicial, inapto para o trabalho.

Levada a situação ao judiciário, indeferiam-se as ações de concessão de benefício, sob o argumento de que, se o segurado já exercia trabalho, não poderia ele receber qualquer benefício previdenciário por incapacidade, visto que não preenchia o requisito da inaptidão para o trabalho.

Nesse caso, o segurado era penalizado duplamente: não recebia o benefício previdenciário a que teria direito e, quando acessava a justiça, tinha seu pedido julgado improcedente.

Com o fim de acabar com essa evidente injustiça, a Turma Nacional de Uniformização editou o enunciado sumular n. 72, que assim dispõe:

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

Portanto, o segurado, nos termos da jurisprudência apontada acima, não terá prejuízo na concessão de seu benefício se a perícia médica judicial constatar que, ao tempo de seu labor, já estaria ele incapacitado para o exercício daquele trabalho. Daí a importância de que seja conhecida a data de início da incapacidade laborativa do segurado, assunto a ser abordado a seguir.

2.7. Momento do reconhecimento da incapacidade

Conforme já foi dito no presente trabalho, uma das condições para recebimento de benefício previdenciário por incapacidade é comprovar a incapacidade laborativa do segurado para exercer funções laborativas.

Em sendo assim, a perícia médica judicial é o instrumento de que se vale a autarquia previdenciária para examinar o segurado, com o fito de averiguar ou não sua inaptidão laboral (nas ações judiciais, haverá um profissional médico perito para examinar o segurado, assunto sobre o qual trataremos a seguir).

Com a finalidade de uniformizar o atendimento dos segurados incapacitados para o trabalho, a previdência social elaborou um manual, detalhando todo o procedimento a ser seguido em situações de concessão de benefícios previdenciários.

Trata-se do Manual de Perícias Médicas da Previdência Social, doravante denominado MPMPs, ato administrativo que orienta os médicos peritos sobre os procedimentos que deverão ser feitos quando se cuidar de benefícios por incapacidade.

Cuidando-se de benefício previdenciário por incapacidade, assevera o MPMPs que:

5.3.20 – A Data do Início da Incapacidade (DII) deve ser obrigatória e corretamente fixada nas mesmas situações assinaladas para a DID. É a data em que as manifestações da doença provocaram um volume de alterações morfofisiológicas que impedem o desempenho das funções específicas de uma profissão, obrigando ao afastamento do trabalho. Deve ser fixada em todos os casos de exame inicial para concessão de benefício por incapacidade, bem como nos pedidos de recursos à JR/CRPS desde que exista incapacidade para o trabalho.

O profissional médico responsável pela perícia deverá fixar a data de início de incapacidade – DII – e a data de início da doença – DID – possibilitando analisar se,

quando da incapacidade, o segurado gozava de cobertura previdenciária e preenchia os requisitos para a concessão do benefício.

A DII também poderá ser importante para fixação da DIB – data de início do benefício, que poderá ser fixada na DII ou, conforme o caso, na data de entrada do requerimento – DER, a critério do julgador e diante do caso concreto.

2.8. Diversas formas de incapacidade para o trabalho

O Manual de Perícias Médicas da Previdência Social, doravante denominado MPMPS, ato administrativo que orienta a realização de perícias no âmbito da autarquia previdenciária, classifica as incapacidades laborativas quanto às seguintes variáveis: grau, duração e profissão.

Quanto ao grau, a incapacidade pode ser total ou parcial. No que se refere à duração, poderá ser permanente ou temporária. Por último, quanto à profissão, uniprofissional, multiprofissional ou omni-profissional.

Em todos os casos, dispõe o MPMPS que “4.4 – a avaliação da capacidade laborativa dos segurados é feita pela perícia médica e destina-se a permitir resposta aos quesitos estabelecidos, atendidos os conceitos e os critérios legais e regulamentares”.

E o próprio MPMPS cuida de conceituar a incapacidade nos seguintes termos: “4.1 – incapacidade laborativa é a impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade ou ocupação, em consequência de alterações morfo-psico-fisiológicas provocadas por doença ou acidente”.

Importa ainda registrar que, segundo o manual, “4.1.1 – o risco de vida, para si ou para terceiros, ou de agravamento, que a permanência em atividade possa acarretar, será implicitamente incluído no conceito de incapacidade, desde que palpável e indiscutível”.

Passar-se-á a seguir ao estudo das diversas formas de incapacidade laborativa.

2.8.1. Incapacidade quanto ao grau

Segundo o MPMPS, quanto ao grau, a incapacidade poderá ser total ou parcial. A incapacidade laborativa é dita total quando o segurado não tem condição de exercer nenhuma atividade da qual possa retirar seu sustento e de sua família.

Segundo o MPMPS,

4.2.1 – b) será considerada como total a incapacidade que gera a impossibilidade de permanecer no trabalho, não permitindo atingir a média de rendimento alcançada, em condições normais, pelos trabalhadores da categoria do examinado.

A incapacidade total do segurado poderá ser permanente, ou seja, com ânimo de definitividade, ou temporária. Em cada caso, a extensão da incapacidade será mensurada quanto à duração, assunto a ser tratado no tópico seguinte.

Haverá incapacidade parcial para o trabalho quando o segurado não tem condições de exercer as funções que habitualmente exercia, mas não está de todo incapaz para o exercício de outras, desde que essas outras funções laborais sejam compatíveis com seu grau de instrução, estado de saúde, idade, ou seja, respeitadas suas limitações pessoais.

De acordo com o MPMPS: “4.2.1 – a) será considerado como parcial o grau de incapacidade que ainda permita o desempenho de atividade, sem risco de vida ou agravamento maior e que seja compatível”.

A título de exemplo, poder-se-á citar um motorista profissional de caminhão que, por acidente, perde parte de sua visão (um olho, por exemplo, por completo). A perda da visão o incapacita para o exercício da atividade que exercia, mas não o faz para toda e qualquer atividade.

Nessa situação hipotética, poderá o motorista ser reabilitado para o exercício de outras funções laborais, cabendo ao INSS custear o tratamento e reinserção deste no mercado de trabalho ou, se for o caso, considerá-lo inapto para o trabalho. Nesse caso, estaríamos diante de uma incapacidade parcial, mas permanente, assunto a ser abordado no tópico seguinte.

2.8.2. A incapacidade quanto à duração

Quanto à duração, a incapacidade do segurado poderá ser indefinida/permanente ou temporária.

A incapacidade permanente ou indefinida diz respeito aos reflexos da incapacidade no tempo, ou seja, diante do quadro clínico do segurado e à luz das condições médicas em voga (“estado da arte”), não haverá previsão de recuperação do segurado para o exercício de atividade laborativa.

O MPMPS conceitua o termo da seguinte forma: “4.2.2 – b) a incapacidade indefinida é aquela insuscetível de alteração em prazo previsível com os recursos da terapêutica e reabilitação disponíveis à época”.

Embora o conceito se aproxime da incapacidade total, dela difere porque a incapacidade indefinida não pressupõe possibilidade de o segurado retornar ao mercado de trabalho, diante dos recursos da terapêutica e reabilitação disponíveis à época.

É que o segurado poderá estar incapacitado totalmente para o exercício de determinada atividade, mas essa incapacidade será meramente temporária. Tão logo ela termine, poderá ele voltar à atividade.

Cita-se o exemplo do trabalhador que sofre um acidente e necessita ficar em estado de coma induzido ou ainda aquele trabalhador que faz determinada cirurgia para a qual requer repouso absoluto. Durante esse período, ele não poderá exercer nenhuma atividade laborativa.

A incapacidade poderá ser permanente para o exercício de toda e qualquer atividade ou apenas para uma ou alguma delas. Segundo o MPMPS, “4.2.2 – a) considera-se temporária a incapacidade para a qual se pode esperar recuperação dentro de prazo previsível”.

Trata-se de situação em que o segurado está momentaneamente impossibilitado de exercer suas atribuições laborativas, admitindo-se que, com o decurso do tempo e regular tratamento, poderá ele alcançar a plena capacidade²³.

2.8.3. Incapacidade quanto à profissão

Quanto à profissão, o MPMPS classifica as incapacidades como uniprofissional, multiprofissional e omni-profissional.

Conceituar a incapacidade quanto à profissão é tarefa árdua, visto que não há um rol de profissões existentes no Brasil a fim de que se possa analisar a inaptidão do segurado para o exercício de uma ou de algumas delas.

²³ A previsibilidade a que faz menção o texto do manual deve ser mensurada sempre à luz da terapêutica médica vigente, ou seja, se para a medicina do momento não há forma de recuperar o segurado, sua incapacidade deve ser considerada permanente.

Em verdade, cuidando-se de origem lícita e não existindo nenhum impedimento legal, toda pessoa poderá desempenhar atividades profissionais, conforme dicção do art. 5, XIII, da CF/88, in verbis: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A despeito disso, há hipóteses nas quais a perícia médica deverá se pronunciar a respeito da capacidade laborativa do segurado para o exercício de determinada profissão, especialmente quando este exerce atividades concomitantes e se incapacita apenas para alguma delas. Daí a importância de analisar as incapacidades quanto à profissão desempenhada pelo segurado.

A incapacidade uniprofissional é aquela que afeta apenas uma profissão, ou seja, o segurado poderá executar outras atribuições para as quais esteja capacitado. Segundo o MPMPs, incapacidade uniprofissional é “4.2.3 – a) aquela em que o impedimento alcança apenas uma atividade específica”.

Já a incapacidade multiprofissional é conceituada no MPMPs como aquela em que o “4.2.3 – b) impedimento abrange diversas atividades profissionais”. Significa dizer que o segurado estará incapacitado para o exercício de diversas atividades profissionais, mas não o estará para todas, devendo a perícia médica ser conhecedora de todas as atividades que poderão ser executadas.

Por fim, nos termos do MPMPs, a incapacidade omiprofissional é “4.2.3 – c) aquela que implica a impossibilidade do desempenho de toda e qualquer atividade laborativa, sendo conceito essencialmente teórico, salvo quando em caráter transitório”.

Essa incapacidade refere-se a perda total da capacidade laborativa do segurado, se considerado como parâmetro o rol de profissões que ele poderia desempenhar. Nessa última hipótese, o segurado não terá condições de desempenhar qualquer profissão.

2.8.4. Incapacidade social

Há na jurisprudência entendimento prevalecente de que a incapacidade do segurado não deverá ser mensurada apenas quanto à inaptidão para o trabalho em decorrência de problemas afetos à saúde.

Isso porque o segurado, mesmo quando não está totalmente incapacitado para o trabalho, poderá ter dificuldade de concorrer, em condições de igualdade, uma vaga de emprego no concorrido mercado de trabalho.

Essa dificuldade poderá resultar, por exemplo, de seu baixo grau de instrução ou da idade já avançada. É o caso, por exemplo, de um trabalhador rural que não mais dispõe de condições de exercer funções laborais que exijam esforço físico. Não está ele incapacitado para toda e qualquer função. Poderia ele, hipoteticamente, realizar trabalhos que não exigissem o esforço, retirando, dessa nova atividade, seu sustento e de sua família.

No entanto, se analisadas suas condições pessoais, como grau de escolaridade e idade, por exemplo, a concessão do benefício previdenciário é medida que se impõe, dado que não se pode exigir que pessoa simples, trabalhadora braçal, com idade já avançada, se reabilite a uma nova função depois de tantos anos vividos no ambiente rural.

Nas palavras de José Antônio Savaris²⁴,

Por outro lado, a incapacidade para o trabalho não pode ser identificada apenas a partir de uma perspectiva médica. Não são raros os casos em que o segurado, embora portador de uma incapacidade funcionalmente parcial, se encontra incapacitado para o exercício de qualquer atividade que possa lhe garantir subsistência. É o caso típico do trabalhador braçal, que desempenha suas atividades mediante intenso esforço físico. Uma vez que se encontre incapacitado para o exercício de atividades que demandem esforço físico acentuado, conte com idade relativamente avançada e não apresente formação social ou educacional para desempenho de função que dispense tal esforço físico, na verdade ele se encontra sem condições reais de autoprover-se. A baixa qualificação e a reduzida aptidão para atividades estranhas às credenciais apresentadas pelo trabalhador implicam ausência de condições para o desempenho de qualquer trabalho decente. A análise da incapacidade para o trabalho deve levar em conta, assim, não apenas a limitação de saúde da pessoa, mas igualmente a limitação imposta pela sua história de vida e pelo seu universo social.

Outro exemplo é o portador do vírus HIV (síndrome da imunodeficiência adquirida). Sabe que a doença, incurável, acomete grande número de brasileiros. Em sua fase inicial, de regra, ela não incapacita o portador de exercer suas funções laborais. Em estágio avançado, entretanto, a pessoa não terá mais condições de trabalho, tanto em razão do agravamento da doença como de suas próprias condições psicológicas.

Somando a isso o preconceito existente na sociedade, o portador não terá condições de concorrer em condições de igualdade no mercado de trabalho. Em sendo assim, é necessário avaliar sua incapacidade em sentido amplo, analisando as condições sociais nas quais está inserida.

²⁴ SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008 cit., p. 225-226.

Nesse sentido, é o teor da súmula n. 78 da TNU:

78 - Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença.

A incapacidade social da pessoa deve, portanto, ser analisada para concessão de benefício previdenciário ou, ainda, de benefício de prestação continuada. Nesse sentido, foram editadas as súmulas n. 77, 78 e 80, todas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais. Eis a íntegra dos enunciados aprovados:

77 - O julgador não é obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual.

79 - Nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal.

80 - Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei 12.470/11, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente.

Vistas as diversas formas de incapacidade laborativa, é momento de distinguir incapacidade e invalidez, assunto a ser tratado no tópico que segue.

2.9. Incapacidade laborativa e a invalidez

O MPMPs conceitua invalidez como a “4.3 – incapacidade laborativa total, indefinida e multiprofissional, insuscetível de recuperação ou reabilitação profissional, que corresponde à incapacidade geral de ganho, em consequência de doença ou acidente”.

Portanto, o segurado da previdência social somente será considerado inválido para o trabalho quando estiver incapacitado total, indefinido e multiprofissionalmente.

Sua incapacidade deverá ser total, no sentido de que não poderá ele estar apenas parcialmente inapto para o trabalho. Também deverá ser definitiva, é dizer, diante do conhecimento médico vigente, não há para seu estado de saúde perspectiva de retorno à atividade laboral.

Por fim, a incapacidade do segurado que é considerado inválido deverá ser também omni-profissional, conceito que abarca a incapacidade para toda e qualquer profissão da qual poderia o segurado retirar seu sustento.

Sendo assim, a invalidez do segurado pressupõe uma série de incapacidades, as quais deverão ser atestadas mediante exame médico pericial, seja no âmbito administrativo (através das perícias realizadas pelo INSS), seja no judicial (por meio de perito judicial nomeado pelo juízo).

3. OS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE DO RGPS

3.1. Considerações gerais

Dentre os benefícios previstos no regime geral da previdência social, três estão relacionados com a incapacidade laborativa do segurado para o desempenho de suas funções em decorrência de problemas de saúde. São eles: aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio-acidente.

Além desses, optou-se por incluir no presente trabalho o benefício de prestação continuada, o qual, a despeito de uma prestação prevista para a assistência social, também requer a declaração de incapacidade laborativa para sua concessão.

Por fim, serão tecidos comentários também sobre a habilitação/reabilitação profissional, serviço da previdência social que tem por objetivo recuperar a capacidade laborativa do segurado inapto.

A seguir, serão vistas as características gerais dos benefícios por incapacidade previstos no RGPS.

3.2. Aposentadoria por invalidez

A aposentadoria por invalidez é um benefício previsto no art. 42 da lei 8.213/91 e será devida ao segurado quando este for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o trabalho. Eis a íntegra do artigo:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Portanto, três são as condições para recebimento do benefício: a) ser segurado da previdência social; b) cumprir, conforme o caso, a carência exigida e c) ser considerado incapaz para o exercício de atividade laborativa da qual possa retirar-lhe o sustento e de sua família.

A incapacidade do segurado para o exercício de atividades laborativas será verificada mediante exame médico pericial, quer na esfera administrativa, quer na judicial. É o que estabelece o § 1º do citado artigo:

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da

Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

No entanto, segundo estabelece o § 2º do art. 42 da lei de benefícios,

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Daí a importância de o exame pericial fixar a data de início da incapacidade laborativa, haja vista que as condições para recebimento do benefício serão analisadas a partir da data da incapacidade.

A título de exemplo, cita-se o caso em que o segurado sofre um acidente, ficando, em decorrência dele, incapaz permanentemente para toda e qualquer atividade. Se na data do acidente o segurado contava com todas as condições para o recebimento do benefício (direito adquirido), terá ele direito à percepção do mesmo, ainda que, se requerido posteriormente, tenha perdido a condição de segurado na data de entrada do requerimento.

A exigência de fixação da data de início da incapacidade consta também no o MPMPs:

5.3.20 – A Data do Início da Incapacidade (DII) deve ser obrigatória e corretamente fixada nas mesmas situações assinaladas para a DID (Data do Início da Doença). É a data em que as manifestações da doença provocaram um volume de alterações morfofisiológicas que impedem o desempenho das funções específicas de uma profissão, obrigando ao afastamento do trabalho. Deve ser fixada em todos os casos de exame inicial para concessão de benefício por incapacidade, bem como nos pedidos de recursos à JR/CRPS desde que exista incapacidade para o trabalho.

A cada 02(dois) anos, o aposentado por invalidez deverá ser submetido a uma nova avaliação pelos peritos do INSS, com o fito de se analisar se as razões que motivaram a concessão do benefício ainda persistem. É o que estabelece o art. 222 da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77, de 21 de janeiro de 2015:

Art. 222. A Perícia Médica do INSS deverá rever o benefício de aposentadoria por invalidez, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, a cada dois anos, contados da data de seu início, para avaliar a persistência, atenuação ou o agravamento da incapacidade para o trabalho, alegada como causa de sua concessão, nos termos do art. 46 do RPS.

Importa destacar ainda que, nos termos do art. 46 do Regulamento da Previdência Social (RPS – decreto 3048/99):

Art. 46. O segurado aposentado por invalidez está obrigado, a qualquer tempo, sem prejuízo do disposto no parágrafo único e independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

A submissão a exame médico prescrito pelo perito da autarquia é medida que se mostra necessária para avaliar a real condição médica do aposentado, não podendo sofrer recusa por parte deste, sob pena de suspensão ou cancelamento do benefício.

No entanto, o aposentado poderá se negar à transfusão de sangue e ao tratamento cirúrgico, haja vista o risco para a sua saúde normalmente existente em tais procedimentos. Nessa hipótese, não terá seu benefício suspenso ou cancelado. Registre-se, entretanto, que, se o INSS dispor de tratamento por meio de serviço de reabilitação profissional, o segurado estará obrigado a fazê-lo.

Cuidando-se de incapacidade parcial para o trabalho, o julgador deverá considerar as condições biopsicosociais do segurado, para analisar as condições de trabalho em sentido *lato sensu*. É o que dispõe a súmula n. 45 da TNU: “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez”.

Portanto, a aposentadoria por invalidez poderá ser concedida ao segurado mesmo quando ele não estiver incapacitado para todas as atividades laborativas. Se não houver capacidade para o exercício da atividade habitual, o perito médico responsável pelo ato deverá considerar as condições pessoais do segurado (idade, grau de instrução, nível de incapacidade, etc.), para afirmar se há possibilidade de ele exercer outras atividades laborais das quais possa retirar-lhe seu sustento e de sua família.

3.3. Auxílio-doença

À semelhança da aposentadoria por invalidez, o auxílio-doença é também devido ao segurado que estiver incapacitado para o trabalho ou para sua atividade habitual por mais de 15(quinze) dias. Encontra-se normativamente previsto no art. 59 da lei 8.213/91, *in verbis*:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Portanto, três são as condições para recebimento do benefício: a) ser segurado da previdência social; b) cumprir, conforme o caso, a carência exigida e c) ser considerado incapaz para o exercício de atividade laborativa ou da atividade habitual por mais de 15(quinze) dias.

Diferentemente da aposentadoria por invalidez, para a percepção de auxílio-doença não se exige a invalidez permanente do segurado. Por isso, o benefício auxílio-doença é de caráter transitório, haja vista que se espera que o segurado recupere sua capacidade laborativa e, tão-logo essa aconteça, o benefício será cancelado. Nesse sentido, alerta Marco Vieira²⁵ que “o auxílio-doença é benefício de caráter temporário, que pode ou não ter período de carência para sua concessão, vincula-se à incapacidade para o trabalho por mais de 15 dias consecutivos, sendo pago ao segurado”.

A Advocacia Geral da União, visando a unificar o entendimento no âmbito administrativo no que se refere ao conceito de incapacidade, editou as súmulas n. 25 e 26, cujos teores são os seguintes:

ENUNCIADO 25. Será concedido auxílio-doença ao segurado considerado temporariamente incapaz para o trabalho ou sua atividade habitual, de forma total ou parcial, atendidos os demais requisitos legais, entendendo-se por incapacidade parcial aquela que permita sua reabilitação para outras atividades laborais.

ENUNCIADO 26. Para a concessão de benefício por incapacidade, não será considerada a perda da qualidade de segurado decorrente da própria moléstia incapacitante.

O entendimento administrativo apresentado pela AGU é o de que o auxílio-doença é um benefício temporário, cuja concessão independe de incapacidade total e permanente do segurado. Disso difere da aposentadoria por invalidez, benefício previsto para o segurado em situação de invalidez permanente.

Merece destaque o enunciado 26 da AGU: se o segurado, em decorrência de uma patologia (lesão ou doença), não mais tem condições de exercer trabalho e em decorrência disso, perde a condição de segurado (por falta de recolhimento das contribuições previdenciárias), essa perda não será considerada como negativa para a concessão do benefício.

Durante a percepção do benefício, se o segurado for considerado incapaz permanentemente de exercer sua atividade habitual, será ele reabilitado para o exercício

²⁵ VIEIRA, Marco André Ramos. **Manual de Direito Previdenciário**. 5ª edição. Niterói: Impetus, 2005, p. 470.

de outra atividade, desde que respeitadas suas limitações pessoais. Tal providência encontra-se positivada no art. 62 da lei 8.213/91, que assim dispõe:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de sua atividade habitual ou de outra atividade.

Parágrafo único. O benefício a que se refere o caput será mantido até que o segurado seja considerado reabilitado para o desempenho de atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, seja aposentado por invalidez.

Da mesma forma que a aposentadoria por invalidez, não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao RGPS com doença ou lesão invocada como causa para a concessão do benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Significa dizer que, se o segurado, ao se filiar à previdência social (conforme já visto, a filiação ocorre de forma automática pelo simples exercício de atividade laborativa), já for portador de determinada patologia, somente poderá gozar os benefícios previdenciários se tal doença ou lesão se progredir ou agravar após a filiação.

Cuidando-se de segurado que realize concomitantemente mais de uma atividade laborativa, a incapacidade será analisada separadamente para cada uma das atividades. É o que prevê o art. 73 do RPS:

Art. 73. O auxílio-doença do segurado que exercer mais de uma atividade abrangida pela previdência social será devido mesmo no caso de incapacidade apenas para o exercício de uma delas, devendo a perícia médica ser conhecedora de todas as atividades que o mesmo estiver exercendo.

Dessa forma, se o segurado for exerce duas funções laborativas e se incapacita para apenas uma delas, poderá ele receber o benefício auxílio-doença para essa atividade, desde que preenchidas as demais condições. Entretanto, não poderá ele receber auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, por expressa proibição legal (art. 124, I, da lei 8.213/91).

3.4. Auxílio-acidente

O auxílio-acidente encontra-se normativamente previsto no art. 86 da LBPS, *in verbis*:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Logo, o benefício em tela tem natureza indenizatória e visa a compensar a perda havida pelo segurado em decorrência de acidente de qualquer natureza ou causa, do qual houve redução de sua capacidade laborativa para a função que habitualmente exercia.

Entretanto, nos termos do § 4º do art. 86 da LBPS, o benefício em tela não será devido nas seguintes condições:

§ 4º Não dará ensejo ao benefício a que se refere este artigo o caso:
I - que apresente danos funcionais ou redução da capacidade funcional sem repercussão na capacidade laborativa; e
II - de mudança de função, mediante readaptação profissional promovida pela empresa, como medida preventiva, em decorrência de inadequação do local de trabalho.

A perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia (art. 86, § 4º da LBPS).

Em rol exemplificativo, o art. 104 do RPS dispõe algumas hipóteses para as quais será devido o benefício em tela:

Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva, conforme as situações discriminadas no anexo III, que implique:
I - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam;
II - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e exija maior esforço para o desempenho da mesma atividade que exerciam à época do acidente; ou
III - impossibilidade de desempenho da atividade que exerciam à época do acidente, porém permita o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social.

Em qualquer caso, o benefício somente será devido após realização de perícia médica judicial que ateste as lesões sofridas pelo segurado, limitadoras de sua função laboral. Como se trata de benefício de natureza indenizatória, possui ânimo de definitividade e será pago ao segurado até sua aposentadoria²⁶.

3.5. Habilitação e reabilitação profissional

²⁶ O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o segurado somente poderá acumular o recebimento conjunto de auxílio-acidente com aposentadoria para as lesões ocorridas antes de 11.11.1997. É o dispõe a súmula 507: A acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria pressupõe que a lesão incapacitante e a aposentadoria sejam anteriores a 11/11/1997, observado o critério do art. 23 da Lei n. 8.213/1991 para definição do momento da lesão nos casos de doença profissional ou do trabalho.

A habilitação e reabilitação profissional são espécies de prestação previdenciária a cargo do INSS que objetiva readaptar e reeducar o segurado incapacitado, total ou parcialmente, para o trabalho.

Estão regulamentadas no art. 136 do decreto 3.048/99, que assim dispõe:

Art. 136. A assistência (re)educativa e de (re)adaptação profissional, instituída sob a denominação genérica de habilitação e reabilitação profissional, visa proporcionar aos beneficiários, incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, em caráter obrigatório, independentemente de carência, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios indicados para proporcionar o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem.

Tal serviço será prestado obrigatoriamente aos segurados e aposentados da previdência social e, para os dependentes, de acordo com as possibilidades administrativas, técnicas, financeiras e as condições locais do órgão, preferencialmente mediante a contratação de serviços especializados (art. 136, § 1º). Já as pessoas portadoras de deficiência serão atendidas mediante celebração de convênio de cooperação técnico-financeira (art. 136, § 2º).

Segundo Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Pereira Lazzari²⁷,

Habilitação não se confunde com reabilitação. A primeira é a preparação do inapto para exercer atividades, em decorrência de incapacidade física adquirida ou deficiência hereditária. A segunda pressupõe a pessoa ter tido aptidão e tê-la perdido por motivo de enfermidade ou acidente. Tecnicamente o deficiente não é reabilitado e, sim, habilitado.

Portanto, se o segurado não tem condições de exercer suas funções laborais, compete ao INSS habilitá-lo ou reabilitá-lo ao exercício de atividade laborativa ou, se a autarquia não dispuser de recursos ou considerar que o segurado não possui capacidade de ser recolocado no mercado de trabalho, deverá conceder ao mesmo uma prestação pecuniária (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente, conforme o caso).

3.6. O benefício de prestação continuada: um benefício da assistência social

A despeito de o presente trabalho ter por escopo a previdência social brasileira, seguro de caráter contributivo e filiação obrigatória, apresentam-se breves comentários

²⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista Pereira. **Manual de Direito Previdenciário**. 16ª Edição, Rio de Janeiro, Forense. 2014 – versão digital – pág. 620.

sobre o benefício de prestação continuada, espécie de benefício destinado à pessoa idosa ou portadora de deficiência que não consegue prover o próprio sustento nem tê-lo provido por sua família.

O benefício de prestação continuada é uma prestação pecuniária no valor de um salário mínimo pago pelo Estado à pessoa idosa ou portadora de deficiência que não tem condição de exercer atividade laborativa da qual possa retirar o sustento e nem obtê-lo de seus familiares.

Sua previsão normativa consta no art. 203, V, da CF/88, que assim dispõe:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A assistência social é regulada, no âmbito infraconstitucional, pela lei 8.742/93, que em seu art. 1º, define a assistência nos seguintes termos:

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

O Benefício de Prestação Continuada – BPC – como é conhecido, poderá ser concedido independentemente de contribuição. Basta comprovar os requisitos legais para a percepção do mesmo, os quais serão vistos a seguir.

A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS (lei 8.742/93, art. 20, § 6º).

De acordo com a CF/88, tem direito ao recebimento do benefício a pessoa idosa e a pessoa portadora de deficiência, desde que não tenham meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família

Duas são, portanto, as condições para o recebimento do benefício: idade avançada ou ser a pessoa portadora de deficiência física.

No que respeita à deficiência física, dispõe o art. 20, § 2º da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS:

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O art. 20, § 10 conceitua impedimento de longo prazo da seguinte forma: “considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”.

Importante destacar que, de acordo com o enunciado sumular n. 29 da Turma Nacional de Uniformização: “para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento”.

A deficiência física de que é portadora a pessoa somente será atestada mediante perícia médica realizada pelo INSS. É o que dispõe o art. 20, § 6º da LOPS.

A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS.

A avaliação é feita conjuntamente entre médicos e assistentes sociais com a finalidade de analisar as diversas hipóteses de impedimentos e graus de deficiência física.

Para o recebimento do benefício, além de preencher as condições objetivas ou subjetivas, acima apontadas, a pessoa tem de comprovar também que a renda familiar não é superior a 1/4 de salário mínimo, exigência que faz a lei 8.742/93 em seu art. 20, § 3º.

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

Cuidando-se de pessoa com idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos, a incapacidade para o trabalho é presumida, de forma que basta comprovar renda inferior

a ¼ do salário mínimo vigente para percepção do benefício de prestação continuada - BPC.

Importante mencionar que a jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, tem flexibilizado o critério de renda para o recebimento do benefício, estabelecendo que o conceito de miserabilidade deve ser analisado diante do caso concreto. Nesse sentido:

Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93²⁸.

Por fim, segundo o entendimento da TNU, materializado na súmula n. 48, a incapacidade para fins de recebimento do BPC não precisa ser permanente, bastando que o interessado comprove estar incapacitado temporariamente de exercer funções laborais e, ainda, comprovar a renda mínima necessária à concessão do benefício. Eis o teor do enunciado sumular: “a incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada”.

Em sendo assim, a perícia médica judicial deverá ser conhecedora de todas as limitações funcionais do interessado, a fim de estabelecer sua real condição de saúde.

3.7. Os benefícios por incapacidade e a necessidade de realização de perícia médica

A incapacidade do segurado para fins de recebimento de qualquer benefício por incapacidade previsto no RGPS e também para o BPC, previsto na LOAS, somente será atestada mediante perícia médica a cargo do INSS ou, conforme o caso, por perito judicial nomeado pelo juiz no âmbito do processo.

Importa destacar que, se por um lado constitui um dever da previdência proceder à avaliação pericial do segurado, por outro é direito do segurado ser avaliado por um perito médico, de preferência com especialidade na área da patologia que o acomete, conforme já entendeu a jurisprudência²⁹:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA OU APOSENTADORIA POR

²⁸ STJ: REsp 1355052/SP, Relator Benedito Gonçalves, Primeira Seção, Publicado em 05.11.2015.

²⁹ PEDILEF 2008.72.51.00.1862-7, Rel. Juíza Jacqueline Michels Bilhalva, julgamento em 10.5.2010.

INVALIDEZ. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA POR ESPECIALISTA. PEDIDO PROVIDO.

1. Não é meramente processual a questão da realização de perícia médica por especialista, pois o trato acerca das características da prova pericial admissível em casos envolvendo discussão sobre capacidade laborativa não envolve o reexame da prova, mas, sim, a valoração jurídica da prova, e mesmo porque a análise destas características é inerente à amplitude objetiva das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

2. A regra de que a perícia médica deve ser realizada por peritos especialistas na área médica sobre a qual deverão opinar, prevista no § 2.º do art. 145 do CPC, subsidiariamente aplicável aos Juizados Federais, somente pode ser excepcionada quando médicos generalistas possuam conhecimento técnico suficiente, a exemplo dos quadros médicos simples.

3. Quando, como no caso, a seguradora apresenta um quadro médico complicado, complexo, sendo portadora de uma doença neurológica rara, a realização de perícia médica por especialista em neurologia é um direito a ser preservado. 4. Pedido de uniformização provido, anulando-se o acórdão e a sentença para a reabertura da instrução com a realização de perícia por médico neurologista.

A não realização de perícia médica para atestar a condição de saúde do segurado constitui cerceamento de defesa, devendo ser anulados todos os atos judiciais praticados após a não realização do procedimento. Nesse sentido, transcreve-se o seguinte julgado da Turma Nacional de Uniformização:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-DOENÇA. DATA DE INÍCIO DA INCAPACIDADE. PERÍCIA MÉDICA JUDICIAL. REALIZAÇÃO INDEFERIDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO PREJUDICADO.

1. A realização de perícia judicial é imprescindível para a análise da condição laborativa do requerente a aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, assim como para a verificação da data do início da incapacidade. 2. Há cerceamento de defesa quando a decisão recorrida conclui, sem a produção de perícia médica judicial, que a incapacidade é posterior à perda da qualidade de segurado. (...) ³⁰.

Portanto, a realização de perícia médica é o requisito necessário para comprovação da incapacidade laborativa do segurado, seja na via administrativa, seja judicialmente.

³⁰ PEDILEF 200671950075237/RS, Rel. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes, julgamento em 11.10.2010, *DOU* 13.5.2011

4. AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1. Das considerações gerais

A tutela provisória é uma técnica de prestação jurisdicional que tem como objetivo combater os riscos da injustiça ou do dano derivado da espera, sempre longa, do debate final do conflito submetido à apreciação judicial³¹.

Trata-se de mecanismo de proteção de direitos para os quais exige-se uma prestação jurisdicional mais célere, haja vista que a demora pela solução definitiva poderia tornar ineficaz ou mesmo inócua a prestação jurisdicional vindicada.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior³²:

No Estado Democrático de Direito, o objetivo da jurisdição não é mais visto como apenas realizar a vontade concreta da lei, mas a de prestar a *tutela* ao direito material envolvido em crise de efetividade. Nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída à apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Na superação desse conflito consiste a prestação jurisdicional, pouco importando que o provimento judicial seja favorável à pretensão do autor ou à defesa do réu. O que caracteriza a atividade jurisdicional é a tutela ao direito daquele que, no conflito, se acha na situação de vantagem garantida pela ordem jurídica. *Tutelar os direitos*, portanto, é a função da Justiça, e o processo é o instrumento por meio do qual se alcança a efetividade dessa tutela.

Atento a essa ideia, o novo código de processo civil dispõe, em seu art. 294, que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Reza o art. 300 do CPC que “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Já a tutela provisória de evidência, prevista no art. 311, poderá ser concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, nas seguintes hipóteses:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

³¹ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil. Volume 1.** 56ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 609 (livro digital).

³² JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** Ob cit. Pág. 608.

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Nota-se que a tutela de urgência tem o condão de proteger o direito supostamente violado, e será concedida “quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Tais condições não são necessárias para a concessão da tutela de evidência, cujos pressupostos assentam em critérios objetivos acima enumerados.

Registre-se, ainda, que a tutela de urgência poderá ser cautelar ou satisfativa e, ainda, antecedente ou incidental.

Nas palavras de José Frederico Marques³³ “tutela cautelar é o conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento, ou do processo executivo”. Por isso se diz que as tutelas cautelares visam a resguardar a utilidade de uma futura ação judicial, a ser ainda proposta.

Já a tutela satisfativa é aquela que antecipa o direito material violado, escudado na ideia de que, se assim não for, a tutela prestada ao final, após o regular trâmite do processo, não mais será eficaz. Dessa forma, a não concessão da medida liminarmente seria penalizar duplamente a parte afetada, visto que houve a lesão ao direito e, levada a questão ao Poder Judiciário, este se nega a prestar a tutela requerida. Ao final, ela não mais terá utilidade.

Por fim, tutela concedida antecedentemente é aquela decisão judicial proferida no início do processo, normalmente sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*, para utilizar o vocábulo latim). Será incidental quando a decisão for proferida no curso da ação judicial.

Vistas as espécies de tutela provisória, é momento de analisar as condições processuais para a concessão da medida.

4.2. Condições para a concessão de tutela provisória de urgência

³³ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil. Vol. IV**. Ed. Millennium. 1998. 2a Ed. P. 461

A concessão da tutela provisória satisfativa de urgência requer o preenchimento de três condições: a probabilidade do direito alegado e o perigo da demora (pressupostos genéricos) e reversibilidade da medida (pressuposto específico).

4.2.1. Probabilidade do direito

Nas palavras de Fredie Didier Jr³⁴ *et al.*:

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a probabilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa analisar se há elementos que evidenciem a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado é quais as chances de êxito do demandante.

Em sendo assim, quando do exame da prova colacionada aos autos, deverá o julgador fazer um juízo de cognição sumária, é dizer, superficial, com a finalidade de analisar se há probabilidade de direito conforme o alegado pelo postulante.

É evidente que a prova requerida não poderá ser cabal, de maneira que não suscite nenhuma dúvida no julgador. Essa não é a exigência do código processual civil, em seu art. 300.

Basta a comprovação de que há uma “probabilidade de direito” (art. 300, CPC), a qual, vista sob um ângulo superficial, autorizará a concessão da medida.

Mesmo porque, conforme será visto adiante, a tutela provisória satisfativa é espécie de decisão precária, e que somente poderá ser deferida quando não há risco de irreversibilidade do provimento.

Tratando-se de decisão judicial que demande uma análise apenas superficial (e por isso, tendo conseqüentemente como característica a precariedade), poderá ser cassada a qualquer tempo, se não mais subsistirem os elementos que serviram de base para sua concessão.

Portanto, não poderá o julgador fazer um exame rigoroso e minucioso da prova para conceder a medida provisoriamente, caso contrário, estará exigindo mais que a vontade do legislador, algo não lhe é admissível pela falta de legitimidade de criar o direito (legislar positivamente). Em outras palavras, não poderá o julgador exigir o que o legislador não fez, sob pena de inverter o postulado de separação dos poderes.

³⁴ JUNIOR, Fredie Diddier. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2** 10ª edição. Salvador: JusPodvim, 2015, pág. 595.

4.2.2. Perigo da demora

Não basta à concessão da tutela provisória de urgência satisfativa a probabilidade do direito alegado. Deverá o reclamante demonstrar também que, se não concedida a medida em caráter de urgência, o bem de vida não terá mais utilidade se for deferido ao final do processo, após um longo período desde a propositura da ação judicial.

Significa dizer que o postulante à tutela de urgência deverá demonstrar o perigo da demora que a prestação jurisdicional tardia poderá trazer, perdendo a eficácia e utilidade caso não seja desde logo concedida.

Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro, apud Fredie Didier Jr³⁵,

Enfim o deferimento de tutela provisória somente se justifica quando não for possível aguardar pelo término do processo para entregar a tutela jurisdicional, porque a demora do processo pode causar à parte um dano irreversível ou de difícil reversibilidade.

Portanto, distintamente do ocorre que a probabilidade do direito, para a qual o exame é feito de maneira superficial (por isso se diz direito provável), exige-se que, aqui, a demonstração de que haja urgência do provimento vindicado, que deverá ser apreciada de maneira razoável pelo julgador.

De mesma maneira, não se deve enrijecer o instituto de maneira a torná-lo inútil ou de pouca aplicabilidade prática. Caberá o julgador, fazendo uso da prudência e de maneira racional, analisar os requisitos autorizadores da medida, para deferir ou negar o mandamento provisório reclamado.

Assim, em se tratando de ações previdenciárias, objeto do presente estudo, o fundado receio de dano irreparável é evidente, visto que o benefício previdenciário é substitutivo do salário, e como tal tem caráter alimentar. Nesse sentido, já se pronunciou a jurisprudência³⁶: “o fundado receio de dano irreparável está configurado no fato de a parte segurada estar incapacitada para o exercício de atividade laborativa, o que a faz necessitar do benefício para prover seu sustento”.

4.2.3. Reversibilidade da medida

³⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão . **Da antecipação de tutela**, 5ª Ed. Rio de Janeiro, Forense 2004. Pág. 31, in Junior, Fredie Diddier. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2** 10ª edição. Salvador: JusPodvim, 2015, pág. 257

³⁶ TRF4, AG 0006097-76.2014.404.0000, Sexta Turma, Relator p/ Acórdão João Batista Pinto Silveira, D.E. 03/02/2015

Dispõe o art. 300, § 3º do CPC que “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. A reversibilidade da medida é, portanto, um pressuposto para a concessão da tutela.

Trata-se, em verdade, de decorrência lógica da natureza satisfativa da tutela provisória de urgência. Isso porque, em regra, somente haverá provimento judicial após o devido processo legal, tornando a decisão definitiva com o trânsito em julgado da ação.

Se, deferida a tutela provisória satisfativa, não mais fosse possível desfazer o ato, em verdade estar-se-ia afrontando os preceitos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois haveria mandamento judicial sem que houvesse o regular trâmite do processo.

Como bem esclarece Fredie Didier Jr³⁷,

Já que a própria tutela provisória satisfativa (antecipada) é concedida com base em cognição sumária, em juízo de verossimilhança – sendo passível de modificação ou revogação –, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Afinal, caso ela não seja confirmada ao final do processo, o ideal é que se retorne ao status quo ante, sem prejuízo para a parte adversária.

Conceder a tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva – uma contradição em termos. Equivaleria a antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório, cujo exercício, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nesses casos, o prosseguimento do próprio processo.

Poder-se-á afirmar então que, havendo risco da irreversibilidade da medida, a tutela provisória satisfativa não será concedida. No entanto, o risco da irreversibilidade deverá ser analisado de maneira prudente e fundamentada, visto que não poderá o julgador não conceder a medida por suas “livres convicções” ou baseado em julgamento pré-concebido das condições financeiras das partes.

4.3. A tutela provisória de urgência nos benefícios por incapacidade

Para recebimento de uma prestação previdenciária em razão da incapacidade laborativa, o interessado tem de comprovar sua condição de segurado do RGPS, recolher determinado número de contribuições previdenciárias (cumprindo a carência exigida, se for o caso) e ser considerado inapto para o trabalho por meio de perícia

³⁷ Junior, Fredie Diddier. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2** 10ª edição. Salvador: JusPodvim, 2015, pág. 600.

médica judicial. Sendo assim, as tutelas provisórias previstas no código processual civil são perfeitamente aplicáveis às ações previdenciárias.

No que respeita à tutela provisória satisfativa de urgência, fora visto que, para a concessão da medida, três são os requisitos que o interesse deverá comprovar: a probabilidade do direito, o perigo do dano ocasionado pela demora e a irreversibilidade da medida.

Não raro acontece de o segurado procurar a autarquia previdenciária, agendar sua perícia médica, e, ao final, ser surpreendido com a notícia de que a perícia não o considerou inapto para o trabalho, razão pela qual não terá direito à percepção do benefício pleiteado. Diante dessa situação, o segurado poderá ingressar com recurso administrativo ou, alternativamente, ingressar com ação judicial para fazer valer o seu direito alegado.

A segunda providência (ação judicial) é a mais utilizada, haja vista que, se ingressar com recurso administrativo perante à Junta de Recursos, muito provavelmente, este será julgado improcedente, pois a decisão atacada está fundamentada em critério técnico, qual seja, análise médico pericial. Via de regra, não se realiza, em segunda instância, uma nova perícia médica.

Ocorre que, ao optar por ingressar com a ação judicial, o segurado terá a seu desfavor o moroso processo judicial, que não consumirá menos de 05(cinco) anos até o desfecho de uma decisão favorável.

Diante da situação aqui apresentada, elucidativas são as palavras de Paulo Afonso Brum Vaz³⁸, as quais, a despeito da época em que proferidas (1998), aplicam-se na integralidade ainda nos dias de hoje:

Paradoxo que sempre nos sensibilizou é o que resulta da demora no processamento das ações propostas contra a entidade seguradora oficial - INSS -, cujo desiderato seja a concessão de benefício previdenciário, quer se trate de benefício decorrente de incapacidade física para o trabalho (invalidez), tempo de serviço ou de idade. Realmente, os aspirantes aos benefícios previdenciários, no grosso de sua universalidade, constituem parte hipossuficiente (mais fracos jurídica e economicamente), portanto, carecedores de maior proteção individual e social.

Encarados sob o prisma da demanda, restam ainda mais fracos e desamparados, submetidos que ficam à demora da tramitação do processo

³⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Antecipação da tutela em matéria previdenciária**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 1, no 1. 1998. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=158>> Acesso em: 8 mai. 2017, às 15:24 horas.

ordinário. Nunca menos de cinco anos são consumidos até que possam usufruir dos efeitos pecuniários da benesse previdenciária. Os proventos previdenciários, todos sabem, têm realçado caráter alimentar, máxime porque, via de regra, visam a substituir a renda salarial e atender às necessidades vitais do segurado e de sua família (alimentação, habitação, vestuário, educação e saúde). Não se pode negar que esta natureza alimentar da prestação buscada, acoplada à hipossuficiência do segurado, e até a possibilidade de seu óbito no curso do processo, em razão da sensibilidade ou do próprio estado mórbido, patenteia um fundado receio de dano irreparável, ou de difícil reparação, recomendando concessão da tutela antecipadamente.

À luz dessa alarmante situação, descortina-se ao segurado a possibilidade de ingressar com ação judicial para implantação do benefício, cumulada com pedido de que sejam antecipados os efeitos da eventual sentença condenatória já para o início do processo.

Isso porque o segurado não poderá esperar o natural e demorado deslinde do feito (visto que estará incapacitado para o exercício de suas funções laborativas) sem prejuízo de seu sustento e sua família. Suas necessidades são prementes, urgentes e reais.

Tem-se aqui um impasse: o segurado não pode exercer suas funções laborais porque está incapacitado; essa incapacidade, entretanto, somente será reconhecida por meio de processo judicial, no qual seja produzida perícia médica que ateste essa condição. Sucede que a demora do processo milita em desfavor do segurado, que não poderá esperar todo o prazo necessário para a solução da lide sem que haja prejuízo de seu sustento e de sua família.

A situação aqui apresentada é, sem dúvida, um risco social a que foi submetido o segurado, um dos pilares sob o qual é erguido o sistema de previdência pública brasileira.

De nada adiantará ter a pretensão julgada procedente se os efeitos da decisão serão produzidos em momento futuro, muitos anos após a conduta que lhe deu causa.

Atento a isso, o direito processual civil brasileiro prevê alguns institutos jurídicos dos quais poderá fazer uso o segurado da previdência para que haja uma decisão mais célere e imediata: as tutelas provisórias, que poderão ser fundadas na urgência ou na evidência do direito reclamado. É o assunto tratado a seguir.

4.4. A concessão de tutelas provisórias nos benefícios por incapacidade

Conforme visto, para recebimento de benefício previdenciário, o interessado deverá comprovar a condição de segurado da previdência social, a carência exigida, se for o caso, e ser considerado incapaz para o exercício de atividade laboral.

A comprovação do preenchimento da condição de segurado e carência exigida pode ser feita documentalente. O mesmo não ocorre, entretanto, quanto à declaração de incapacidade laboral, cuja prova requer laudo emitido por profissional médico conhecedor da patologia que acomete o segurado. Trata-se, em termos processuais, da chamada prova técnica³⁹.

Diante disso, dada a urgência que caso requer, várias ações previdenciárias para implantação de benefícios reclamam a concessão de medidas provisórias de urgência, dado que os segurado não poderá esperar a natural demora do processo para obter a prestação jurisdicional definitiva.

Com o fim de comprovar a incapacidade laboral, seja ela total ou parcial, permanente ou temporária, acosta-se, juntamente com a petição de ingresso, laudo do profissional médico que o assiste, é dizer, seu médico particular, declarando que seu paciente não tem condições de exercer atividades laborais em virtude de doença ou lesão de que padece.

Na hipótese vertente, por se cuidar de benefício por incapacidade, tem sido prática muito comum, no âmbito da Justiça Federal, especialmente dos Juizados Especiais Federais, analisar as condições para concessão de tutela de urgência depois da realização da perícia médica, quando se determina, na própria sentença, a implantação imediata do benefício em favor do segurado.

Em breve consulta realizada nos sítios eletrônicos da Justiça Federal⁴⁰, encontram-se várias decisões judiciais com seguinte teor:

(...) Pelos elementos que instruem a inicial, não há demonstração inequívoca do atendimento dos requisitos legais necessários para a implantação imediata do benefício almejado. Assim, INDEFIRO o pedido de tutela de urgência. Se,

³⁹ A prova técnica será produzida no processo quando demandar especial conhecimento científico ou técnico (art. 464, § 3º do CPC), habilidades, em regra, não dominadas pelo julgador. Segundo Fredie Didier Jr: Prova pericial é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com um auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial – que poderá ser objeto de discussão pelas partes e por seus assistentes técnicos (JUNIOR, Fredie Diddier. *et al.* Curso de Direito Processual Civil. Volume 2 10ª edição. Salvador: JusPodvim, 2015, pág. 257) .

⁴⁰ Processos N° 0006412-91.2015.4.01.3803; 0068630-06.2015.4.01.3400; 0072717 -39.2014.4.01.3400; 0011222-17.2012.4.01.3803; 9154-31.2011.4.01.3803; 10047-22.2011.4.01.3803; 5843-95.2012.4.01.3803; 5565-94.2012.4.01.3803; 10732-92.2012.4.01.3803; 0054299-82.2016.4.01.3400; 4393-44.2017.4.01.3803;

ao final, entender pelo acolhimento da pretensão autoral, anteciparei os efeitos da tutela na própria sentença. ANTECIPO, no entanto, a realização de exame pericial médico (...).

Em sentido muito semelhante, foram proferidas outras decisões judiciais, também no âmbito do TRF1, especialmente nos juizados especiais federais.

No entanto, não se cuida de caso isolado. Em verdade, postergar a apreciação do pedido para momento posterior à realização da perícia médica realizada tem sido prática muito comum no âmbito das ações previdenciárias que visem implantação de benefícios por incapacidade.

Sucedem que, conforme se verá adiante, a prática forense do “postergo” carece de elementos jurídicos essenciais, como o dever de prestação jurisdicional, dever de motivar juridicamente as decisões judiciais e motivação racional.

4.4.1. Possíveis justificativas para a prática ter se disseminado⁴¹

Dentre as possíveis justificativas para a prática estar disseminada no âmbito do judiciário, poder-se-á mencionar as seguintes⁴²: grande número de processos para julgamento; maior segurança jurídica na tomada de decisões; praticidade na concentração de fases processuais, com possibilidade de produção de decisões em massa; menor risco da irreversibilidade da medida e prevalência da perícia técnica do INSS sobre o laudo particular.

Tratar-se-á, a seguir, sucintamente sobre cada uma das possíveis justificativas.

4.4.1.1. Grande número de processos para julgamento

Segundo o relatório Justiça em Números 2016⁴³, estudo desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça que aponta estatísticas no Poder Judiciário, mais de 102 (cento e dois) milhões de processos estavam em tramitação no Poder Judiciário em 2015.

Significa dizer que, comparativamente, há um processo para cada dois brasileiros, visto que o último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e

⁴¹ As ações previdenciárias deverão ser processadas e julgadas perante a Justiça Federal, conforme art. 109, CF/88. Fala-se, entretanto, em Poder Judiciário (e não apenas Justiça Federal) em razão de a Justiça Estadual, em locais em que não há Juízo Federal, exercer a chamada jurisdição delegada.

⁴² Em caráter exemplificativo, visto que não se tem a pretensão de esgotar o tema.

⁴³ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>, acessado em 19.05.2017, às 15:34 horas.

Estatística – IBGE⁴⁴ – contabiliza mais de 206 (duzentos e seis) milhões de habitantes em solo nacional.

Marco Bruno Miranda Clementino assinala, sobre o tema aqui tratado, que⁴⁵

Esse quantitativo impressionante de processos em tramitação resulta de uma confluência de fatores sociais, políticos e mesmo jurídicos que produziram um fenômeno muito peculiar à jurisdição brasileira: a existência de uma multiplicidade de demandas repetitivas, tramitando e congestionando o Poder Judiciário. Em sua larga maioria, são demandas que visam solucionar um litígio individual, porém não conseguem, por razões procedimentais, atingir o foco de um conflito frequentemente estrutural, permitindo que esse continue reproduzindo novos conflitos e retroalimentando novas demandas. Muitos dos litígios são também artificiais, porém, não bastasse a incapacidade de se atingir o verdadeiro foco, a lógica da repetição tende a induzir também conflituosidade intraprocessual.

Desnecessário, entretanto, analisar as estatísticas para afirmar que há, no Brasil, um assoberbamento de processos judiciais que lotam os escaninhos do poder judiciário, que não consegue atender a demanda da prestação jurisdicional vindicada em tempo considerado razoável, conforme seria a vontade do legislador constituinte (art 5º, LXXVIII, da CF/88).

No entanto, a despeito de se cuidar de uma situação alarmante, não poderá o julgador tomar decisões apressadas ou não motivadas o suficiente para resolver a lide que lhe foi posta à apreciação.

Em sendo assim, a despeito do grande número de processos em tramitação no Poder Judiciário, não será, certamente, negando a prestação jurisdicional que esse problema será resolvido.

Cuida-se, em verdade, de uma cultura jurídica processual que termina por exigir do Estado a solução de todas as controvérsias havidas na sociedade, inexistindo número suficiente de magistrados para fazer frente à crescente demanda processual.

O dever de prestação jurisdicional, portanto, impõe ao Estado um dever de proferir uma decisão judicial justa e fundamentada pelo ordenamento pátrio, respeitando as individualidades das partes litigantes.

⁴⁴ Informação disponível em <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/>, com acesso em 23.05.2017, às 13:30 horas.

⁴⁵ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda,. **As demandas Repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. In Coleção SELO ENFAM. Coordenadora Vânia Cardoso André de Moraes. Brasília/DF. 2016. Pág. 34

Não poderá o jurisdicionado ter negado seu direito de acesso à justiça (e dela receber uma resposta, fundamentada juridicamente, em tempo razoável) sob o argumento do grande número de processos em tramitação naquele poder.

4.4.1.2. Maior segurança jurídica na tomada das decisões

A prova, no processo, é dirigida ao julgador, de maneira a lhe firmar a convicção para julgar a lide diante do caso concreto. Sendo a prova dirigida ao julgador, deverá ele, com a convicção racional e motivadamente, fundamentar suas decisões, explicitando os motivos que o levou a julgar daquela maneira.

Ocorre que, conforme já decidiu a jurisprudência⁴⁶, “o perito judicial é profissional equidistante do interesse dos litigantes, na busca de uma avaliação imparcial”.

Se o perito não tem interesse jurídico na solução do litígio, a prova técnica por ele produzida goza de prestígio e veracidade, o que facilita o trabalho de convencimento do julgador.

Provavelmente por essa razão a decisão judicial que analisa a tutela de urgência é proferida após a realização da perícia médica, visto que, assim, haverá maior segurança jurídica na tomada de decisão pelo julgador.

Julgada a ação com base no laudo pericial juntado aos autos, não ficará o julgador atrelado a uma prova produzida unilateralmente por aquele que, a despeito de não possuir interesse no litígio, não goza da mesma imparcialidade do perito judicial.

Isso porque, na convicção do juiz, entre o médico e seu paciente uma maior relação de proximidade, que poderá interferir na legitimidade da prova produzida, diminuindo a força probante do laudo apresentado.

No entanto, a perícia judicial não é o único meio de comprovação da incapacidade do segurado da previdência social, pois a incapacidade poderá ser atestada, em regra, por qualquer profissional médico regularmente habilitado.

Em sendo assim, na situação apresentada, deve o julgador analisar juridicamente a prova concreta colacionada aos autos e justificar motivadamente as razões pelas quais ele não se viu convicto para julgar procedente o pedido provisório.

⁴⁶ Apelação cível 0001480-04.2008.4.01.3804 (2008.38.04.001486-0)/MG, Relator Pablo Zuniga Dourado (convocado), TRF1, 4ª Turma. Julgamento em 23.11.2015.

Na hipótese, deveria o julgador explicitar os motivos pelos quais não se convenceu da condição de inaptidão ao trabalho atestada pelo médico particular que assistiu o segurado. Não o fazendo, a decisão proferida está maculada juridicamente, devendo ser atacada pela via recursal cabível.

4.4.1.3. Praticidade e concentração de fases processuais, com possibilidade de produção de decisões em massa

O tema aqui abordado relaciona-se com o grande número de processos em curso no Brasil.

A grande quantidade de feitos judiciais exige também do julgador um trabalho quase desumano, visto que, por mais que haja grande número de casos sendo resolvidos, ainda existe uma crescente demanda. Em outras palavras, a quantidade de processos que ingressam no Poder Judiciário é maior que a quantidade de processos que esse poder consegue processar e julgar⁴⁷.

Sobre o tema, precisas são as palavras de Giselle de Amaro e França⁴⁸,

A quantidade excessiva de processos, e a excessiva cobrança por produtividade (por parte das partes, corregedorias e demais órgãos de controle), de outro, acabam tornando o juiz um produtor de decisões em massa, guiado pelo ímpeto de tudo decidir, o mais rápido possível. É preciso ‘baixar a pilha de processos’, julgar mais ações que aquelas que entram.

Portanto, uma solução possível, certamente, é concentrar os atos processuais que devam ser proferidos de maneira idêntica, de forma a possibilitar a produção de decisões em massa.

Na hipotética situação apresentada nesse trabalho, ao analisar o pedido de concessão de benefício por incapacidade, o julgador já tem conhecimento de que o caso vai reclamar dilação probatória. Em sendo assim, no primeiro ato do processo, já determina a produção de prova pericial, a ser realizada por profissional médico de sua confiança.

Nesse caso, a separação dos processos por fases ou por assunto facilita o trabalho do julgador, à medida que poderá ser adotado o mesmo procedimento para vários processos, podendo ser produzidas decisões com idêntico conteúdo.

⁴⁷ Relatório Justiça em Números 2016, ob. Cit.

⁴⁸ FRANÇA, Giselle de Amaro e. **As demandas Repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro.** In Coleção SELO ENFAM. Coordenadora Vânia Cardoso André de Moraes. Brasília 2016. Pág. 18

A massificação de decisões aumenta a eficiência e, conseqüentemente, finaliza a lide em menor tempo possível. No entanto, raras são as vezes que a massificação de decisões atende a prestação jurisdicional reclamada.

Especialmente para os casos em que se faz necessária a produção de provas (é dizer, para ações não unicamente ‘de direito’), proferir decisões idênticas é não entregar às partes a prestação vindicada. Os casos podem ser iguais, as pessoas não são!

4.4.1.4. Inexistência de risco pela irreversibilidade da medida

De acordo com o art. 302 do código de processo civil:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

Portanto, concedido o benefício por incapacidade provisoriamente e se, ao final, não se confirmarem os motivos que ensejaram a medida, a tutela concedida será cassada, devendo a parte adversa reparar o prejuízo havido pela concessão da medida de urgência.

Entretanto, sob a vigência do código revogado, havia no Superior Tribunal de Justiça entendimento consolidado no sentido que os valores recebidos pelo segurado da previdência social, em razão da antecipação de tutela, seriam irrepetíveis, em razão do caráter alimentar do benefício previdenciário. Eis a íntegra do julgado⁴⁹:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO PARADIGMA. RECONSIDERAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA. I - Não há divergência a ser sanada na via dos presentes embargos, se a decisão apontada como dissonante foi posteriormente reconsiderada. PREVIDENCIÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. REVOGAÇÃO. RESTITUIÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. BOA-FÉ DO SEGURADO. HIPOSSUFICIÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SÚMULA 168/STJ. APLICAÇÃO. II - Na espécie, cuida-se da irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé por segurado hipossuficiente, em razão de tutela antecipada posteriormente revogada. Entendimento conforme à orientação jurisprudencial desta e. Corte Superior. Aplicação da Súmula nº 168/STJ. Agravo regimental desprovido

Tal era o posicionamento das cortes superiores que a TNU – Turma Nacional de Uniformização – órgão encarregado de uniformizar a jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais—, editou o enunciado sumular n. 51, nos seguintes dizeres: “os

⁴⁹ STJ - AgRg nos EREsp: 993725 RS 2008/0107244-5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 05/12/2008, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, DJe 02/02/2009.

valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento”.

Entretanto, em 2013, ao analisar um recurso apresentado pelo INSS⁵⁰, a primeira Seção do STJ mudou seu entendimento, admitindo a possibilidade da repetição.

Veja o julgado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DEVOLUÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RECEBIDO EM RAZÃO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. O segurado da Previdência Social tem o dever de devolver o valor de benefício previdenciário recebido em antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do CPC) a qual tenha sido posteriormente revogada. Historicamente, a jurisprudência do STJ, com fundamento no princípio da irrepetibilidade dos alimentos, tem isentado os segurados do RGPS da obrigação de restituir valores obtidos por antecipação de tutela que posteriormente tenha sido revogada. Já os julgados que cuidam da devolução de valores percebidos indevidamente por servidores públicos evoluíram para considerar não apenas o caráter alimentar da verba, mas também a boa-fé objetiva envolvida na situação. Nestes casos, o elemento que evidencia a boa-fé objetiva consiste na legítima confiança ou justificada expectativa de que os valores recebidos sejam legais e de que passem a integrar definitivamente o seu patrimônio. Nas hipóteses de benefícios previdenciários oriundos de antecipação de tutela, não há dúvida de que existe boa-fé subjetiva, pois, enquanto o segurado recebe os benefícios, há legitimidade jurídica, apesar de precária. Do ponto de vista objetivo, todavia, não há expectativa de definitividade do pagamento recebido via tutela antecipatória, não podendo o titular do direito precário pressupor a incorporação irreversível da verba ao seu patrimônio. Efetivamente, não há legitimidade jurídica para o segurado presumir que não terá de devolver os valores recebidos, até porque, invariavelmente, está o jurisdicionado assistido por advogado e, conforme o disposto no art. 3º da LINDB — segundo o qual ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece —, deve estar ciente da precariedade do provimento judicial que lhe é favorável e da contraposição da autarquia previdenciária quanto ao mérito. Ademais, em uma escala axiológica, evidencia-se a desproporcionalidade da hipótese analisada em relação aos casos em que o próprio segurado pode tomar empréstimos de instituição financeira e consignar descontos em folha, isto é, o erário “empresta” — via antecipação de tutela posteriormente cassada — ao segurado e não pode cobrar sequer o principal. Já as instituições financeiras emprestam e recebem, mediante desconto em folha, não somente o principal como também os juros remuneratórios.

Merece, entretanto, ressalva para os casos em que a tutela é cassada em instâncias extraordinárias. Nas palavras de Frederico Amado⁵¹

Por outro lado, se a revogação da tutela antecipada se operar nas instâncias extraordinárias (STF e STJ, em sede de recurso extraordinário ou especial) não haverá a restituição ao INSS, ao argumento de que já havia se criado a

⁵⁰ REsp 1.384.418-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12/6/2013.

⁵¹ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. Coleção Sinopses. 7ª edição. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 555.

legítima expectativa de vitória ao segurado ou dependente, em razão de se tratar de recurso julgado em via não ordinária.

A despeito dessa nova orientação, ainda não foi cancelado o enunciado sumular n. 51 da TNU. Significa dizer que, apesar da orientação firmada pelo STJ, tomada na Primeira Seção de Direito Público, ainda está vigorando o entendimento da irrepetibilidade no âmbito dos juizados especiais e da TNU.

Em sendo assim, a possibilidade de repetir os valores eventualmente recebidos indevidamente em razão da tutela concedida e posteriormente cassada é mais um argumento que milita a favor do julgador, visto que a autarquia previdenciária poderá ingressar com ação autônoma exigindo o ressarcimento dos valores eventualmente recebidos indevidamente pelo segurado.

4.4.1.5. Prevalência da perícia técnica do INSS sobre o laudo particular

Quando o segurado ingressa com ação previdenciária clamando a concessão de benefício previdenciário, instrui seu pedido com a negativa apresentada pelo INSS, indeferindo a benesse na via administrativa.

Diante disso, já houve decisão judicial, prolatada em sede de agravo de instrumento⁵², que conferiu maior peso à prova realizada administrativamente pelo INSS em relação ao laudo pericial.

Considerou a decisão que a tutela provisória não poderia ser concedida de imediato em razão da presunção de legitimidade havida na perícia realizada pela autarquia previdenciária, a qual não considerou o segurado inapto para o exercício de suas funções laborais. Eis a íntegra do acórdão:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE. - Os documentos juntados atestam que o autor é portador de doenças ortopédicas. Contudo, são insuficientes para demonstrar a necessidade de afastamento de suas atividades laborativas. - Prevalência de exame realizado pelo INSS, que goza da presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos, atestando ausência de incapacidade. - Tratando-se de pessoa enferma que busca de caráter de urgência, benefício necessário para sua manutenção, deve ser deferida a produção antecipada da perícia médica, diante do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. - Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento, apenas para determinar a produção antecipada da prova pericial.

Entretanto, semelhante entendimento não merece prosperar, haja vista que não há, no direito brasileiro a figura da prova tarifada. A prova tarifada seria aquela, típica

⁵² TRF-3 - AI: 11941 SP 2009.03.00.011941-7, Relatora: Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, Data de Julgamento: 08/03/2010, Oitava Turma.

do sistema de prova legal, cujo peso da prova é atribuída pelo próprio legislador, praticamente anulando a apreciação do juiz.

Nas palavras de Candido Rangel Dinamarco⁵³, apud Márcio Vieira:

Preponderam, então, no sistema da prova legal, regras de valoração definidas pela lei em caráter geral e abstrato, e não pelo juiz, em cada caso específico. O legislador, antecipando-se, estabelece juízo valorativo ao impor normas que graduam, exaltam, limitam ou excluem a eficácia das variadas fontes de prova, mediante verdadeiras tabelas de valores a serem observadas pelos juízes em geral. Elas constituem vínculos normativos à formação do convencimento pessoal do juiz, caracterizando-se por reduzir ou mesmo chegar próximo a aniquilar o espaço da valoração a ser feita por este em casos concretos.

Na hipótese ventilada, ao admitir a prevalência do exame realizado pelo INSS, em verdade estará o julgador conferindo maior peso à prova pericial médica realizada administrativamente, algo inadmissível no âmbito do direito processual civil brasileiro.

4.5. Possíveis vícios jurídicos da decisão proferida

Vistas, de maneira geral, as razões pelas quais a prática tem se disseminado no âmbito do poder judiciário, é momento de discorrer sobre eventuais vícios da decisão atacada.

4.5.1. Negativa de prestação jurisdicional e a inafastabilidade da jurisdição

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do acesso à justiça ou, ainda, princípio do direito de ação está previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Reza o texto constitucional que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se é certo que toda lesão ou ameaça a direito deve ser levada à apreciação do poder judiciário, é evidente que este Poder tem o dever de prestar o atendimento jurisdicional vindicado.

Em outras palavras, é decorrência lógica do princípio da inafastabilidade de jurisdição que o interessado tem o direito de acessar à justiça e dela obter uma resposta, em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), pondo fim à demanda ensejadora da atuação judicial.

Nas palavras de Uadi Bulos⁵⁴,

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3. Pág. 74/75. In Os resquícios da prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência sobre o livre convencimento motivado. REVISTA DA ESMESC, v. 17, n. 23, 2010. Pág. 378.

O princípio da inafastabilidade do controle judicial posta-se como uma liberdade pública subjetiva, genérica, cívica, abstrata e incondicionada, conferida às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, sem distinções ou retaliações de nenhuma espécie.

Desse modo, juízes e tribunais são chamados a decidir o caso concreto, acolhendo ou rejeitando a pretensão formulada. Se o pedido for plausível, os membros do Poder Judiciário não poderão furtar-se ao exame da lide, pois a prestação jurisdicional é indeclinável.

O dever de prestação jurisdicional não poderá distinguir a tutela provisória daquela tomada definitivamente, sendo certo que aquela é medida judicial necessária a evitar perecimento do direito, devendo ser analisada à luz dos requisitos dispostos no âmbito da legislação processual civil.

Isso porque, para a concessão da tutela provisória, não exige prova cabal e incontroversa do direito alegado. Por isso o pedido é analisado de maneira superficial, perfunctória. Por se cuidar de decisão superficial, é ato precário e pode, a qualquer tempo, ser modificado pelo julgador, se as razões que motivaram a concessão da medida não mais existirem.

A prática efetivada no âmbito dos processos judiciais de concessão de benefícios por incapacidade, ao postergar a apreciação do pedido para momento futuro, nega ao jurisdicionado a prestação requerida, em clara afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Se o Estado, por meio do Poder Judiciário, tem o monopólio para exercer a jurisdição e ele assim não faz, não haverá outra providência ao alcance do interessado, visto que lhe é defeso fazer justiça com as próprias mãos.

O autor que postula em juízo a concessão de um benefício previdenciário em sede de tutela provisória tem o direito, constitucionalmente assegurado, de ter seu pedido analisado pelo órgão julgador e dele obter uma resposta motivada juridicamente. A decisão, assim proferida, deve ser dada com a urgência que o caso requer, sob pena de se perder a eficácia do mandamento judicial se proferido em momento futuro.

Cuidando-se de benefício por incapacidade, não raras são as vezes em que o segurado falece no curso do processo em razão da patologia que motivou o ingresso da ação judicial, seja em razão da demora do processo, seja por causa do seu próprio estado mórbido.

⁵⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 629.

Ao postergar a apreciação do pedido de tutela provisória para o momento futuro, o judiciário estará negando a prestação jurisdicional vindicada, maculando gravemente o dever de prestar o atendimento jurisdicional às partes. Assim, é claro o afrontamento do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Em verdade, ao pedido de concessão de benefício por incapacidade por meio de tutela provisória de urgência, exige-se do judiciário um simples “sim” ou “não”. Não é dado a ele postergar a análise do pedido para momento futuro.

Se o julgador entender que o segurado não preenche as condições para o recebimento do benefício nos moldes requeridos na inicial, deverá proferir decisão judicial motivadamente negando-lhe tal direito. Para isso, entretanto, deverá analisar cuidadosamente as provas colacionadas nos autos para fundamentar sua decisão.

O dever de fundamentar as decisões judiciais será assunto abordado no tópico abaixo.

4.4.2. O dever de fundamentação jurídica das decisões judiciais

O dever de motivar as decisões judiciais proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário encontra previsão no próprio texto constitucional, cujo art. 93, IX, assim dispõe:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Carlos Aurélio Mota de Souza⁵⁵ conceitua fundamento nas seguintes palavras:

Fundamento (do latim fundamentum, de fundare), base, alicerce; razão ou argumento em que se funda uma tese, concepção, ponto de vista; razão justificativa (Dicionário Aurélio). Nas decisões judiciais, é o juízo fundante de uma decisão; é o argumento relevante, dentre muitos, determinado pelo juiz segundo uma escala de valoração, necessária à livre apreciação das questões.

Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Melo Filho⁵⁶:

⁵⁵ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº7 - Jan/Jun 2006 - Vol.2. pág. 360.

A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial.

Em idêntico sentido, também o Ministro da Suprema Corte Brasileira Carlos Alberto Menezes Direito⁵⁷, em voto por ele relatado, já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais:

A garantia constitucional estatuída no art. 93, IX, da CF, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados.

Na hipótese ventilada, a decisão mencionada⁵⁸ carece de fundamentação jurídica, visto que não foi feito um exame racional relevante capaz de infirmar o pedido formulado pelo autor. Não apresentou o julgador os motivos da não implantação imediata do benefício, alegando, simplesmente, que casos daquele jaez reclamam instrução probatória.

Ora, demandar instrução probatória não é justificativa para a negativa do pedido formulado.

Em verdade, há afronta direta à exigência de fundamentação prevista no art. 489 do CPC, cujo § 1º assim dispõe:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

⁵⁶ FILHO, José Celso de Mello. HC 80.892, julgamento em 16-10-2001, Segunda Turma, *DJ* de 23-11-2007. No mesmo sentido: HC 90.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-2-2009, Segunda Turma, *DJE* de 20-3-2009.

⁵⁷ RE 540.995, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 19-2-2008, Primeira Turma, *DJE* de 2-5-2008. No mesmo sentido: RE 575.144, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-12-2008, Plenário, *DJE* de 20-2-2009, com repercussão geral.

⁵⁸ (...) Pelos elementos que instruem a inicial, não há demonstração inequívoca do atendimento dos requisitos legais necessários para a implantação imediata do benefício almejado. Assim, INDEFIRO o pedido de tutela de urgência. Se, ao final, entender pelo acolhimento da pretensão autoral, anteciparei os efeitos da tutela na própria sentença. ANTECIPO, no entanto, a realização de exame pericial médico (...).

Portanto, a decisão sequer foi capaz de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Registre-se que a simples necessidade de dilação probatória não é motivo para a não concessão do benefício. Tal fundamentação deverá ser feita à luz da legislação de regência e não com base em um raciocínio de causa e efeito ao arbítrio do julgador.

Além disso, a decisão proferida poderá ser aplicada para todo e qualquer caso de pedido de implantação de benefício cumulado com tutela provisória, apenas modificando a qualificação da parte autora. Portanto, trata-se de motivos que poderiam ser aplicados para toda e qualquer decisão judicial. Essa prática, de acordo com o código de processo civil, carece de fundamentação.

Inexistindo fundamentação jurídica, a sanção prevista no texto constitucional (art. 93, IX) é a nulidade da decisão proferida.

4.4.3. O convencimento motivado ou persuasão racional do julgador

No processo civil brasileiro, a prova produzida no processo tem como destinatário o julgador do feito. É ele que deve ser convencido de que, diante dos fatos narrados e das provas produzidas, a manifestação judicial deve ser de procedência ou improcedência, tudo conforme o direito alegado e os elementos probatórios carreados aos autos.

É o que ensina Fredie Didier Jr⁵⁹: “Por força da compreensão clássica de que a finalidade da prova é propiciar o convencimento do juiz, tem-se dito que ele, juiz, é seu principal destinatário: ele é quem precisa saber da verdade quanto aos fatos, para que possa decidir”.

É por isso que reza o art. 371 do novo código de processo civil: “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Trata-se de ideia de convencimento motivado, verdadeiro corolário do devido processo legal, visto que funciona como uma limitação imposta ao julgador para, motivadamente, justificar as razões que o levaram a julgar de determinada maneira.

⁵⁹ JUNIOR, Fredie Diddier. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2 10ª edição. Salvador: JusPodvim, 2015, pág. 51.

Na lição de Fredie Didier Jr⁶⁰ *et al.*

A motivação deve ser racional : deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que atua o órgão julgador. Não se confunde com a ciência exata ou com a lógica da matemática pura. O que se espera é que atenda às regras da validade e da argumentação do raciocínio jurídico.

O seu principal objetivo é justificar racionalmente a decisão, de modo que seja possível controlar também a racionalidade dessa justificativa. O juiz não deve produzir um discurso superficial, meramente retórico, vazio de conteúdo, ao qual se adere por emoção, gerando um consenso irracional.

O convencimento motivado guarda precisa relação com o dever de motivar as decisões judiciais, mas dela se difere pelo fato de que o julgador, aqui, precisa se convencer motivadamente da prova elencada no processo, ao passo que todas as decisões judiciais, quer dependam ou não de prova, precisam ser suficientemente motivadas, sob pena de nulidade do ato judicial proferido⁶¹.

A decisão proferida em sede de tutela provisória⁶² não atende o critério do convencimento motivado, visto que sequer motiva as razões que levaram o julgador a decidir daquela maneira.

Não expressou o julgador os motivos pelos quais não reconheceu a incapacidade do segurado, visto que sequer adentrou na força probante do laudo emitido pelo profissional médico que atende o segurado.

Em sendo assim, decisões proferidas nesses moldes, afrontando a ideia de convencimento motivado inerente às decisões judiciais, são inválidas e merecem ser atacadas pelas vias recursais próprias.

⁶⁰ JUNIOR, Fredie Diddier. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª edição. Salvador: JusPodvim, 2015, pags. 102 e 103.

⁶¹ A disposição topográfica do artigo, inserto no capítulo XII, destinado à Prova, revela-nos que o convencimento motivado é relação que há entre a prova produzida no processo e o que ela despertou no julgador para proferir a decisão judicial. Portanto, é a relação que se estabelece entre a prova e o direito, ao passo que o dever de fundamentar as decisões judiciais, previsto constitucionalmente, aplica-se a toda e qualquer decisão jurídica proferida pelos órgãos do poder judiciário.

⁶² Vale lembrar: (...) Pelos elementos que instruem a inicial, não há demonstração inequívoca do atendimento dos requisitos legais necessários para a implantação imediata do benefício almejado. Assim, INDEFIRO o pedido de tutela de urgência. Se, ao final, entender pelo acolhimento da pretensão autoral, anteciparei os efeitos da tutela na própria sentença. ANTECIPO, no entanto, a realização de exame pericial médico (...).

CONCLUSÃO

Conforme abordado no presente trabalho, foi visto que o sistema de previdência pública no Brasil é contributivo e de caráter compulsório, de maneira que o trabalhador já estará filiado no sistema pelo simples exercício de atividade laborativa.

Dentre o rol de cobertura prevista na legislação previdenciária contra os chamados ‘riscos sociais’, há aqueles que se relacionam diretamente à incapacidade laborativa, por isso são conhecidos como benefícios por incapacidade. São, basicamente, o auxílio-acidente, auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez.

Dentre as condições para o recebimento de benefícios por incapacidade, há necessidade de que o segurado seja considerado inapto para o trabalho, algo a ser atestado mediante laudo pericial médico, tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

Pelo fato de os benefícios previdenciários serem substitutivos do salário do segurado e considerando que o mesmo estará sem condições de exercer trabalho, havendo negativa na concessão do benefício na via administrativa (pelo INSS), ingressa o segurado com ação judicial clamando a implantação do benefício.

A ação judicial é, então, instruída com laudo do profissional médico que assiste o segurado, de maneira a comprovar sua incapacidade para o exercício de suas atribuições.

Ato contínuo, presente todas as condições para o recebimento do benefício, requer o segurado, por meio de tutela provisória satisfativa de urgência, a implantação imediata do benefício. Para isso, o segurado comprova os requisitos para a concessão do benefício conforme a legislação previdenciária e comprova também que satisfaz os requisitos dispostos na legislação processual civil para que lhe seja deferida a tutela provisória vindicada.

Entretanto, tem sido prática muito comum no âmbito da Justiça Federal, especialmente nos Juizados Especiais Cíveis, postergar a apreciação do pedido de tutela provisória para após a realização da perícia médica judicial. Em casos assim, se o segurado for considerado inapto pela perícia, o benefício é implantado na própria sentença.

No presente trabalho, foram apresentados sucintamente, os motivos pelos quais a prática tem se disseminado no Poder Judiciário, para, ao final, apontarmos que a decisão jurídica que posterga a apreciação do pedido carece de vários requisitos, dispostos tanto na Constituição Federal, como na legislação infraconstitucional.

Ao postergar a apreciação do pedido, não estará o julgador cumprindo o dever constitucional de prestar a jurisdição que lhe foi requerida. Em casos urgentes, não resolverá uma prestação jurisdicional tardia. Perde-se, assim, a utilidade da decisão judicial prolatada, porque o segurado não terá condições de sobreviver durante o longo período em que tramita a ação.

Ademais, a decisão que posterga a análise do pedido provisório não o faz motivadamente, haja vista que o magistrado sequer ingressa na seara da prova apresentada para explicitar os motivos que infirmaram sua convicção. Portanto, o julgador fere de morte o dever de persuasão racional, tão caro ao direito processual civil.

Inobstante a tudo que foi apresentado, macula o julgador o dever constitucionalmente imposto para fundamentar todas as decisões judiciais. Trata-se da necessidade de fundamentar juridicamente as razões pelas quais a lide apresentada merece ou não deferimento. Na hipótese aqui narrada, objeto desse trabalho, não há qualquer fundamentação jurídica para o ato de postergar a apreciação do pedido provisório. O fato de a lide demandar dilação probatória não é justificativa para o não julgamento do pedido. Além disso, a fundamentação, como garantia constitucional de validade das decisões judiciais, vai além da mera justificativa, baseada em silogismos de causa e efeito.

Não há, no código de processo civil, nenhuma prerrogativa que dá ao magistrado a possibilidade de recusar julgamento à lide que lhe foi posta, sob o argumento da necessidade de dilação probatória. Poderá até negar o pedido formulado, mas deverá fazê-lo fundamentando juridicamente, por meio da análise da prova e da persuasão racional.

Admitir a possibilidade de postergar a apreciação do pedido é dar ao magistrado uma prerrogativa processual que ele não tem. Uma vez presentes os requisitos autorizadores da medida reclamada, deverá o juízo se debruçar sobre os fatos para,

motivadamente, expressar as razões jurídicas de sua recusa, ou, ainda, demonstrar os motivos pelos quais o pedido não merece deferimento.

O fato é que a prática do ‘postergo’ (apreciar o pedido provisório após a realização da perícia médica), que se disseminou no âmbito do Poder Judiciário, praticamente acabou com o instituto da tutela provisória. Trata-se de decisões judiciais que ferem o dever constitucionalmente imposto de serem fundamentadas, sendo, por força da própria norma constitucional (art. 93, IX, da CF/88) , nula de pleno direito.

A situação se torna ainda mais grave pela grande demora que há entre o ingresso da ação judicial até a prolação da sentença, prazo em que o segurado deverá usar de outros meios (normalmente que ele não tem) para conseguir manter sua sobrevivência bem como a de sua família.

O caso aqui abordado, sob o ponto de vista social, é alarmante e precisa ser atacado com a urgência necessária. Os advogados que militam nas causas previdenciárias não poderão ficar inertes a essa situação, devendo ingressar com a via recursal cabível para coibir a reiteração dessas práticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**, 7ª Ed. Salvador. Editora JusPodvim, 2015.

BOLLMANN, Vilian. **Hipótese de Incidência Previdenciária e Temas Conexos**. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: versão atualizada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 10.07.2017.

BRASIL. **Decreto 3.048**, de 06 de maio de 1999: versão atualizada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 10.07.2017.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do BRASIL, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em 18.06.2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNEIRO, Athos Gusmão . **Da antecipação de tutela**, 5ª Ed. Rio de Janeiro, Forense 2004. Pág. 31, in Junior, Fredie Diddier. *et al.* Curso de Direito Processual Civil. Volume 2 10ª edição. Salvador: JusPodvim, 2015.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda,. **As demandas Repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. In Coleção SELO ENFAM. Coordenadora Vânia Cardoso André de Moraes. Brasília/DF. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3. Pág. 74/75. In Os resquícios da prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência sobre o livre convencimento motivado. REVISTA DA ESMESC, v. 17, n. 23, 2010. Pág. 378.

FRANÇA, Giselle de Amaro e. **As demandas Repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. In Coleção SELO ENFAM. Coordenadora Vânia Cardoso André de Moraes. Brasília 2016.

FILHO, José Celso de Mello. HC 80.892, julgamento em 16-10-2001, Segunda Turma, *DJ* de 23-11-2007. No mesmo sentido: HC 90.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-2-2009, Segunda Turma, *DJE* de 20-3-2009.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de Direito Previdenciário**, 3ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Ferreira 2009.

JUNIOR, Fredie Diddier. *et al.* **Curso de Direito Processual Civil. Volume 2** 10ª edição. Salvador: JusPodvim, 2015.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil, Volume I**, 56 ed. Forense. Rio de Janeiro, 2016.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Tutela antecipada**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Aspectos polêmicos da antecipação da tutela. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**, Editora Juspodvim, 12ª Edição 2015.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil. Vol. IV**. Ed. Millennium. 1998.

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

SOCIAL, Manual de Perícias Médicas da Previdência. Brasília – DF. Versão 2.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº7 - Jan/Jun 2006 - Vol.2

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Antecipação da tutela em matéria previdenciária**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 1, no 1. 1998. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=158>>.

VIEIRA, Marco André Ramos. **Manual de Direito Previdenciário**. 5ª edição. Niterói: Impetus, 2005.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.