



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO

**AUXÍLIO DOENÇA: uma análise acerca do limbo jurídico previdenciário-
trabalhista**

Ana Rute Soares de Gois Santos
Paulo Raimundo Lima Ralin

Aracaju/SE
2020

ANA RUTE SOARES DE GOIS SANTOS

AUXÍLIO DOENÇA: uma análise acerca do limbo jurídico previdenciário-trabalhista

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da Universidade
Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ___/___/_____.

Banca Examinadora

**Professor Orientador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

AUXÍLIO DOENÇA: uma análise acerca do limbo jurídico previdenciário-trabalhista

DISEASE AID: an analysis about the social security legal limbo

Ana Rute Soares de Gois Santos¹

RESUMO

O presente artigo visa ponderar o litígio do pagamento de verbas salariais decorrentes do contrato de trabalho, referentes ao período de afastamento do trabalhador após a alta médica previdenciária. Defende-se que, em decorrência da existência de nexos causal entre a doença do trabalhador e suas atividades desenvolvidas na empresa, bem como, em razão da divergência entre os exames realizados pelo INSS e pelo médico do empregador, não se pode deixar o trabalhador no denominado “limbo jurídico previdenciário-trabalhista”, sem receber os salários e o benefício previdenciário, sob pena de afronta à diversos princípios e garantias previdenciárias. Exige-se, desta forma, o reconhecimento da responsabilidade do empregador pelo pagamento dos salários e demais verbas decorrentes do período de afastamento. Inferindo que ao impedir a prestação dos serviços e não pagar os salários, o empregador cria, de forma arbitrária e unilateral, nova espécie de suspensão do contrato de trabalho.

Palavras-chave: Previdenciário. Trabalhista. Limbo. Função Social. Alta Programada

ABSTRACT:

This article aims to consider the dispute of payment of salary amounts arising from the employment contract, referring to the period of removal of the worker after discharge from the social security system. It is argued that, due to the existence of a causal link between the illness of the worker and his activities developed in the company, as well as, due to the divergence between the examinations carried out by the INSS and by the employer's doctor, the worker cannot be left in the called “social security-labor legal limbo”, without receiving wages and social security benefits, under penalty of affront to various social security principles and guarantees. In this way, recognition of the employer's responsibility for the payment of wages and other funds resulting from the period of absence is required. Inferring that by preventing the provision of services and not paying wages, the employer creates, in an arbitrary and unilateral way, a new kind of suspension of the employment contract.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT - E-mail: anarute_1_2@hotmail.com

Keywords: Social security. Labor. Limbo. Social role. Scheduled discharge

1 INTRODUÇÃO

O direito em todas suas esferas é de interesse coletivo, despertando interesse até mesmo naqueles que não se destinam aos estudos da área, isso porque se insere no meio social. No direito previdenciário, o interesse da coletividade também é uma realidade, muito embora existam dúvidas das mais variadas.

Destarte, aos exegetas do direito, muito além de compreender e trabalhar, também compete criar métodos para a compreensão de temas diversos. O presente trabalho tem como objetivo desvendar o “limbo previdenciário”, tema de relevância ampla e ascendente na área, aplicado pela jurisprudência e que vem gerando indagações acerca do tema. Assim, desenvolve-se um estudo científico de grande validade, juntamente como uma visão objetiva sobre o tema, fugindo da prolixidade de discursos acadêmicos.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A SEGURIDADE SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) instituiu o Sistema de Seguridade Social, formado pelos subsistemas Saúde, Previdência Social e Assistência Social. O *caput* do art. 194 da CF/1988 estabelece que “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”.

Antes da Constituição Federal de 1988, o subsistema “saúde” era vinculado ao Instituto de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), e os serviços somente eram assegurados a quem contribuísse, ou seja, não era um direito universal. Diante disso, na época, existiam dois subsistemas de caráter contributivo: saúde e previdência social.

Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser um dever do Estado e um direito de todos, independentemente de contribuição. Trata-se de um direito social que deve ser materializado por todos os

entes da federação, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da CF/1988).

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197 da CF/1988).

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), que passou a ser financiado com recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade (art. 198 da CF/1988).

As entidades da iniciativa privada poderão atuar livremente na área da saúde, mas a CF/1988, além de proibir a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, somente permite a participação de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil nos casos previstos em lei. Na prática, significa dizer que, embora o Poder Público tenha o dever prestar os serviços de saúde a todos, de forma universal, independentemente de contribuição por parte do usuário do serviço, a iniciativa privada pode atuar livremente na prestação de serviços de saúde, por meio de pagamento por parte dos usuários. Além disso, as instituições privadas poderão participar também de forma complementar do SUS, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (art. 199 da CF/1988).

Cabe à lei estabelecer as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (§ 4º do art. 199 da CF/1988)

É dever do Estado prestar assistência social às pessoas carentes, sem exigência de contribuição, como forma de assegurar o mínimo existencial,

materializando o corolário da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, registra-se a importância do Benefício de Prestação Continuada (BPC), fundamentado na própria CF/1988, art. 203, inc. V, como direito de cidadania, que garante 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 requisitos estabelecidos em lei.

Atualmente, a Lei nº 8.742/1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social (LOAS), estabelece que o BPC é assegurado à pessoa com deficiência e ao idoso com sessenta e cinco anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Como regra, esse benefício não pode ser acumulado com outro no âmbito da seguridade social, salvo algumas exceções previstas em lei. Embora não seja um benefício previdenciário, a sua concessão e manutenção é de competência do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Além disso, há leis prevendo outros benefícios de assistência social, a exemplo do bolsa família.

Após a CF/1988, a Previdência Social tornou-se a única modalidade de proteção social que exige contribuição dos segurados, como condição para ampará-los de futuros infortúnios sociais e de outras situações que merecem amparo (riscos sociais).

A União tem o dever de assegurar um regime geral de previdência social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, com a finalidade de oferecer prestações que acobrem os riscos sociais qualificados pela Lei Maior.

Conforme estabelece o art. 201 da CF/1988, a Previdência Social atenderá, nos termos da lei: a) cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; b) proteção à maternidade, especialmente à gestante; c) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; d) salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e e) pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

3 PRINCÍPIOS REGIMENTAIS PREVIDENCIÁRIOS

3.1 Solidariedade

A doutrina previdenciária reconhece como uma espécie de “princípio geral”, a solidariedade. Mais que um princípio constitucional da seguridade social, é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, presente no art. 3º, I, da Constituição:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

Já no âmbito da seguridade social, a solidariedade está implícita no teor do caput do art. 195:

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

A solidariedade é característica de um sistema previdenciário de repartição, como o brasileiro. A contribuição vertida hoje pagará, amanhã, as aposentadorias, auxílios, pensões, entre outros, é o chamado pacto de gerações. A geração economicamente ativa financia os benefícios da geração anterior. No futuro, quando se aposentarem, verão seus benefícios custeados pelas contribuições dos mais jovens, e assim se perpetua a relação.

3.2 Vedação ao Retrocesso

O princípio da vedação do retrocesso é bastante conhecido no direito trabalhista. No entanto, também está presente no direito previdenciário. E relaciona-se bastante com o princípio vislumbrado da proteção ao hipossuficiente. Isto porque prevê que os direitos concedidos não podem ser retirados. E, contribui assim, para a proteção dos hipossuficientes.

Isto não significa, contudo, que alterações não podem ser realizadas. Pelo contrário, o legislador pode modificar a legislação previdenciária, sobretudo em face das modificações sociais e da conformidade ao princípio do equilíbrio econômico. E, com base nisto, opera a Reforma da Previdência, por exemplo.

O que resta vedado é a supressão de direitos e garantias injustificadamente e sem compensação ou adequação a um contexto geral. O direito previdenciário constitui-se com base na defesa de direitos sociais e não pode ser modificado arbitrariamente. Do contrário, isto poderia não apenas ferir a dignidade da pessoa humana, como também implicar em graves problemas sociais.

3.3 Proteção ao Hipossuficiente

Do mesmo modo que no direito consumerista, o direito previdenciário possui como princípio a proteção ao hipossuficiente. Afinal, a relação previdenciária se estabelece entre o indivíduo e o Estado. E, de modo geral, o indivíduo que recorre à Previdência já necessita de um amparo em função de suas condições socioeconômicas.

Colocá-los em patamares iguais, portanto, poderia incorrer na violação aos princípios da dignidade humana e da solidariedade social. E desse modo, as normas previdenciárias devem sempre ser interpretadas a favor do menos favorecido.

3.4 Universalidade na Cobertura e no Atendimento

A abrangência na cobertura e no atendimento tem que seguir o preceito da universalidade. Pode-se dizer que o princípio da Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, pode ser um desdobramento da universalidade do atendimento e da cobertura, pois, visa atender ao princípio da igualdade, evidenciando que todos devem receber o mesmo tratamento, essa ênfase se deve às diferenciações que existiam entre os trabalhadores urbanos e rurais.

3.5 Irredutibilidade do Valor dos Benefícios

A finalidade do princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios é impedir a diminuição dos valores nominais das prestações previdenciárias, para que seus beneficiários não sofram redução de seu poder aquisitivo, devendo este se manter uma vez que os benefícios possuem caráter alimentar.

De acordo com § 2º do artigo 201 da Constituição Federal, os benefícios devem respeitar um valor mínimo com o objetivo de atender as necessidades vitais de uma família, em consonância com o inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, que considera o valor mínimo referência o salário mínimo nacional.

Sendo assim, o princípio da irredutibilidade visa manter o poder real de compra, protegendo os benefícios dos efeitos maléficos da inflação e índices econômicos variáveis.

3.6 Seletividade e Distributividade na Prestação

A seletividade leva em consideração os riscos ou necessidades de maior abrangência social que merecerão cobertura da seguridade social e a definição dos benefícios e serviços adequados para fazerem frente a esta cobertura. Por sua vez, o princípio da distributividade visa balizar quais as populações poderão ter acesso a estes benefícios e serviços, na medida da necessidade de cada um. Quanto maior a necessidade, maior será a cobertura dos benefícios e serviços da seguridade social. Em resumo: a seletividade diz respeito à abrangência da cobertura, enquanto a distributividade diz respeito ao grau de proteção. O benefício de salário-família é um ótimo exemplo deste princípio, pois é destinado apenas aos segurados de baixa renda, conforme veremos em momento oportuno.

3.7 Equidade na Forma de Participação no Custeio

Este é o princípio do quem "pode mais" contribui com mais, enquanto quem "pode menos" contribui com menos. Apesar disso, todos terão garantidos os seus benefícios no final, apesar do financiamento diferenciado. Um exemplo prático disso é o empregado que contribui com 8%, 9% ou 11% de seu salário, mais uma contribuição do empregador de 20% sobre a folha de pagamentos, podendo totalizar 31% de contribuição sobre a remuneração, enquanto que a segurada facultativa de baixa renda contribui com 5%, tendo acesso a praticamente os mesmos benefícios.

4 DO INSS

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS foi criado em 27 de junho de 1990, durante a gestão do então presidente Fernando Collor de Melo, por meio do Decreto nº 99.350, a partir da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, como autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, atual Ministério da Previdência Social – MPS.

Compete ao INSS a operacionalização do reconhecimento dos direitos da clientela do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. No art. 201 da Constituição Federal Brasileira, observa-se a organização do RGPS, que tem caráter contributivo e de filiação obrigatória, e onde se enquadra toda a atuação do INSS, logicamente respeitadas as políticas e estratégias governamentais oriundas dos órgãos hierarquicamente superiores, como o MPS.

O INSS caracteriza-se, portanto, como uma organização pública prestadora de serviços previdenciários para a sociedade brasileira. É nesse contexto e procurando preservar a integridade da qualidade do atendimento a essa clientela, que o Instituto (INSS) vem buscando alternativas de melhoria contínua, com programas de modernização e excelência operacional, ressaltando a maximização e otimização de resultados e de ferramentas que fundamentem o processo de atendimento ideal aos anseios da sociedade em geral.

5 AUXÍLIO DOENÇA

5.1 Conceito

O auxílio-doença é um benefício previdenciário que será devido ao segurado que ficar incapacitado para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos.

Ele está previsto no art. 201, I, da CF; arts. 59 a 63 da Lei 8.213/91; arts. 71 a 80 do Decreto 3.048/99 e arts. 300 a 332 da IN 77/2015.

Trata-se de incapacidade temporária, porque a incapacidade permanente pode gerar outros tipos de benefícios (aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente, a depender se esta incapacidade for total ou parcial).

5.2 Qualidade de Segurado

Qualidade de segurado é a condição atribuída a todo cidadão filiado ao INSS que possua uma inscrição e faça pagamentos mensais a título de Previdência Social.

São considerados segurados do INSS aqueles na condição de Empregado, Trabalhador Avulso, Empregado Doméstico, Contribuinte Individual, Segurado Especial e Facultativo.

5.3 Carência

A carência são 12 contribuições mensais, exceto em alguns casos, quando será zero (art. 26, II, Lei 8.213/91).

O auxílio-doença não exige carência 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 algumas doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelo Ministério da Saúde, do Trabalho e da Previdência.

5.4 Incapacidade

A incapacidade laboral, como o próprio nome já indica, diz respeito à aptidão ou não que o Segurado possui para exercer o seu trabalho de forma habitual. Nos termos do Manual Técnico de Perícia Médica do INSS (2018),

“Incapacidade laborativa é a impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade, função ou ocupação habitualmente exercida pelo segurado, em consequência de alterações morfofisiológicas provocadas por doença ou acidente“.

5.5 Espécies

O auxílio-doença é um benefício por incapacidade devido ao segurado do INSS acometido por uma doença ou acidente que o torne temporariamente incapaz para o trabalho. No entanto, há duas espécies de auxílio-doença, o comum (identificado pela Previdência com o código B31) e o acidentário (B91).

O auxílio-doença comum (B31) é concedido ao segurado que ficou incapacitado por motivos alheios à sua atividade laborativa, por exemplo, uma pneumonia ou uma fratura adquirida na pelada disputada com os amigos no final de semana.

O auxílio-doença acidentário é o benefício concedido ao segurado que ficou mais de 15 (quinze) dias incapacitado para o trabalho em decorrência de acidente de trabalho ou de doença ocupacional.

É quase a mesma situação do auxílio-doença, mas no auxílio-doença acidentário a origem do afastamento é o acidente do trabalho (ou doença decorrente do trabalho) enquanto no auxílio-doença comum, a origem são as doenças comuns.

O auxílio-doença acidentário é um benefício devido ao segurado empregado, empregado doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial que ficar temporariamente incapacitado para o trabalho em decorrência de acidente do trabalho.

5.6 Requerimento

O primeiro passo para que um segurado possa requerer o benefício de auxílio-doença é obter um laudo médico atualizado e detalhado com diagnóstico da doença e período em que o segurado deverá permanecer afastado do trabalho ao qual deve ser superior a 15 dias. Embora não seja obrigatório, é recomendável que o laudo contenha o CID da doença.

Após obter o laudo médico, o segurado empregado deve entregar à empresa para registro de seu afastamento ao qual será preenchido o formulário atestando o último dia de trabalho do segurado.

Com o laudo médico atualizado e detalhado e após a empresa preencher o formulário de afastamento com a data de último dia de trabalho, o empregado deverá agendar a perícia médica no INSS e levar todos os documentos obtidos. A empresa pode preencher o formulário de requerimento do benefício de auxílio-doença e encaminhar o empregado, porém, não há obrigação de tal providência e na hipótese da empresa não realizar o agendamento, caberá ao empregado solicitar o agendamento.

Quando o motivo de afastamento do trabalho tenha sido causado por acidente de trabalho a empresa deverá entregar ao empregado uma cópia do comunicado de acidente de trabalho, CAT. Oportuno esclarecer que o CAT deve ser fornecido também quando se tratar de doença ocupacional. O não fornecimento do CAT não impede o requerimento do auxílio-doença pelo empregado.

Para ter direito a requerer o benefício de auxílio-doença é preciso que o segurado tenha um mínimo de 12 contribuições, realizadas antes do mês em que ocorrer o afastamento. No caso de doenças graves ou acidentes não é exigido carência, mas é preciso que o segurado tenha qualidade de segurado.

A principal diferença do requerimento do auxílio-doença pelo segurado empregado e os demais segurados é a exigência do preenchimento do formulário de afastamento e do tempo mínimo de afastamento.

Não há necessidade de laudo médico determinando o afastamento por prazo superior a 15 dias para que o segurado facultativo, doméstico, contribuinte individual e especial possa requerer o agendamento do requerimento do auxílio-doença. Para esses segurados o auxílio doença é pago pelo INSS desde o primeiro dia de afastamento.

Quando os segurados forem acometidos de graves constantes na lista abaixo, não haverá exigência de carência de 12 contribuições mensais. As doenças previstas na legislação são tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, 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, e contaminação por radiação com base em conclusão da medicina especializada.

Se o segurado facultativo, doméstico, contribuinte individual e especial obter afastamento por outras doenças que não constam na lista acima, a carência é de 12 (doze) meses de contribuição ao INSS.

O segurado facultativo, doméstico, contribuinte individual e especial tem o prazo de até 30 (trinta) dias após a confirmação da incapacidade de trabalhar para requerer o benefício, através do preenchimento e apresentação do requerimento. Se o requerimento for preenchido e entregue após o trigésimo (30) dia da constatação

da incapacidade laborativa do trabalhador doméstico o auxílio doença será concedido a contar da data do requerimento.

5.7 Cessão (Alta Programada)

A alta programada é uma prática do INSS de, ao conceder o benefício de auxílio-doença, estabelecer automaticamente a data de cessação, dispensando-se da realização de nova perícia.

Caso o segurado entenda ainda estar incapaz, ele deve agendar um Pedido de Prorrogação, quando então será agendada nova perícia médica.

Ela surgiu com a Orientação Interna n. 130/DIRBEN do INSS. Atualmente, está prevista na IN 77/2015 (art. 304, § 2º). A lei 13.457/2017 “legalizou” a alta programada, introduzindo esta previsão no § 8º do art. 60 da Lei de Benefícios. Vejamos:

Lei 8.213/91, Art , 60, § 8º Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício. (Incluído pela Lei nº 13.457, de 2017)

No entanto, a alta programada é evidentemente ilegal. Ela transfere para o segurado a responsabilidade de se auto avaliar e verificar sua própria capacidade para o trabalho. Imagine alguém com transtornos psiquiátricos que se julga capaz e retorna para a sua atividade... de motorista de ônibus?

Apesar disso, muitos juízes a aceitam e, inclusive, trazem a alta programada em suas sentenças, criando uma verdadeira “alta programada judicial”.

6 Limbo Jurídico-Previdenciário

De acordo com o estudado e exposto no presente artigo, após a concessão do auxílio-doença o seu beneficiário ficará ligado à perícia médica do INSS, desse modo, ele receberá acompanhamento periódico com o intuito de se verificar a eventualidade ou não do seu retorno ao labor, restabelecendo assim o seu contrato de trabalho, bem como, retornando as obrigações do empregador.

Conforme explicam Rodrigues e Carvalho, uma vez constatado pelo médico do INSS a possibilidade de retorno, o empregado fica condicionado a retornar a empresa num prazo máximo de 30 dias, conforme explicito na súmula nº 32 do Tribunal Superior do Trabalho, sendo que em descumprimento, deverão ser reconhecidos o abandono de emprego e a consecutiva dispensa por justa causa conforme art. 482, “I”, da Consolidação das Leis do Trabalho. Uma vez retornado a empresa, o empregado deverá cumprir o item 7.4.3.3 da Norma Regulamentadora 7, submetendo-se a exame médico designado pela empresa.

É justamente nessa situação que poderá ocorrer, e atualmente não se trata de casos isolados, o chamado limbo jurídico, ou ainda emparedamento jurídico. Situação em que, embora o perito médico do INSS constate a possibilidade de retorno ao ambiente de trabalho, por outro lado, o médico do empregador identifica a incapacidade, o que o impede de retornar às atividades laborais.

Ocorre que, instaurada essa divergência, o empregado vê-se em um limbo, em um estado de incerteza no qual o maior prejudicado é ele próprio, visto que, a decisão do INSS deverá prevalecer sobre a possibilidade de receber o benefício, e a identificação da incapacidade por parte do médico da empresa, resultará no não retorno, e por consequência o não pagamento de seu salário.

De acordo com a Lei nº 11.907 de 2 de fevereiro de 2009, é possível o reconhecimento de tal divergência, sendo assim constituiu-se o perito médico previdenciário, previsto no art. 30, §3º, inciso I da referida lei. O laudo feito por esse perito é considerado essencial para conclusão da capacidade laboral, para fins previdenciários. Segue o artigo *in verbis*:

Art. 30. Fica estruturada a Carreira de Perito Médico Previdenciário, no âmbito do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, composta pelos cargos de nível superior, de provimento efetivo, de Perito Médico Previdenciário.

[...]

3º Compete privativamente aos ocupantes do cargo de Perito Médico Previdenciário ou de Perito Médico da Previdência Social e, supletivamente, aos ocupantes do cargo de Supervisor Médico-Pericial da Carreira de que trata a Lei nº 9.620, de 2 de abril de 1998, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e do Ministério da Previdência Social – MPS, o exercício das atividades Médico-Periciais inerentes ao Regime Geral da Previdência Social de

que tratam as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, e à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e, em especial a:

I – emissão de parecer conclusivo quanto à capacidade laboral para fins previdenciários; (grifo nosso)

Dessa maneira, mesmo que ocorra algum erro no laudo que constata a possibilidade de retorno ao emprego, fica imposto ao empregador que este o receba de volta, ainda que o laudo posterior conste o contrário. Para Rodrigues e Costa, como forma de evitar maiores danos, sugere-se que o trabalhador seja reabilitado para uma nova função que seja capaz de realizar, o que na prática, é muito difícil de ocorrer.

A importância para a sociedade do reconhecimento desse tema é enorme, visto a crescente demanda de ações desse tipo. Ocorre que, em regra, a interposição de recurso administrativo contra a decisão do INSS não possui efeito suspensivo, ou seja, embora o trabalhador reconheça sua incapacidade e esteja em desconformidade com a alta do médico previdenciário, a interposição de tal recurso não gera a dispensa do retorno ao trabalho.

Neste sentido, a Jurisprudência parece estar avançando no que diz respeito à proteção do trabalhador, conforme colacionamos abaixo:

ALTA PREVIDENCIÁRIA – OPÇÃO DO EMPREGADO PELA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS JUNTO AO INSS EM VEZ DE RETORNAR AO SERVIÇO – ABANDONO DE EMPREGO – NÃO-CONFIGURAÇÃO – A estabilidade provisória assegurada pelo art. 118 da Lei n. 8.213/91 tem como objetivo a preservação do emprego, e não apenas o pagamento dos salários do período sem a correspondente prestação de serviços. Comprovando-se, porém, que o trabalhador, apesar de não retornar ao serviço, interpôs diversos recursos administrativos junto ao INSS, com o conhecimento da empregadora, afasta-se a hipótese de abandono de emprego e, por conseguinte, a justa causa para o rompimento do pacto laboral, sobretudo quando não houve, por parte da empregadora, nenhum ato convocatório para que o empregado retornasse ao trabalho, sob pena de configurar-se a justa causa tipificada no art. 482, i, da CLT. **Entende-se que, no lapso temporal decorrido entre a interposição dos recursos administrativos e a decisão final do INSS, não houve ânimo de abandonar o emprego**, mas apenas de obter o reconhecimento da sua incapacidade laborativa e o consequente restabelecimento do benefício

previdenciário. O comprovado desinteresse pelo retorno ao emprego, após o indeferimento dos recursos administrativos, equivale, **in casu**, a pedido de demissão tácito, sendo desprovida de fundamento a dispensa por abandono de emprego pretendida pela Reclamada (grifo nosso).

Entretanto, ainda mantém a obrigação do empregador em custear as despesas, isentando o Poder Público de sua obrigação principal: assegurar os beneficiários. Com efeito, a Ementa do Recurso Ordinário:

CESSAÇÃO DO AUXÍLIO DOENÇA – EMPREGADO CONSIDERADO INPATO POR MÉDICO DA EMPRESA – IMPEDIMENTO DE RETORNO AO TRABALHO – “LIMBO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO” – RESCISÃO INDIRETA CONFIGURADA.

Não se pode admitir que o empregado seja colocado no denominado “limbo jurídico previdenciário trabalhista”, situação na qual não recebe mais o benefício previdenciário, tampouco os salários. **Aplica-se ao caso o princípio da continuidade do vínculo empregatício e considerando que o empregador, por expressa disposição legal é aquele que assume os riscos da atividade econômica** (art. 2º, da CLT) e, ainda o dispositivo no artigo 4º, da CLT, **o empregador deve arcar com o pagamento dos salários do respectivo período de afastamento. A recusa do empregador em aceitar o retorno de empregada considerada apta pelo INSS constitui falta grave, de modo a ensejar a rescisão indireta**, uma vez que a laborista se viu, indefinidamente, sem qualquer fonte de sustento (grifo nosso).

Observamos que na grande maioria dos casos, o trabalhador não é readmitido, o que na opinião deste pesquisador, é, de certa forma, correta o indeferimento do empregador, tendo em vista que o afastamento e o recebimento do benefício de auxílio-doença, são estipulados devido à incapacidade do trabalhador em exercer plenamente suas funções. Ao estipular uma avaliação falha, que não reconheça devidamente os aspectos subjetivos da situação do trabalhador, o médico perito previdenciário, põe em risco a saúde do beneficiário, que se retornasse em estado de impossibilidade poderia sofrer diversos efeitos colaterais.

O sistema de alta programada utilizado pelo INSS é uma das causas de ocorrência do limbo jurídico previdenciário, visto a mecanicidade deste método utilizado pela autarquia que sequer analisa de forma individual o quadro clínico do beneficiário.

O direito previdenciário enquanto direito constitucional, sendo por oportuno, direito fundamental, denominado direito à seguridade social nos termos do artigo 194 da CFRB, visa dar estrutura técnica e eficácia plena aos aludidos direitos fundamentais.

Observamos hoje que embora na relação administrado e administração, segurado e seguradora, é que os princípios morais, bem como, os princípios da lealdade, eficiência, publicidade e impessoalidade são princípios de obrigatoriedade da Seguridade Social, nos casos de emparedamento, tais princípios não são concretizados na prática, tendo assim fracassado a busca do direito social almejado pelo beneficiário que devido ao sistema mecânico da alta programada é recusado pela empresa, não percebendo benefício e nem salário.

Assim, diante da impossibilidade de se sustentar, resta infringido a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, assim sem dúvida, nasce o dever de indenizar diante do sofrimento que é para um pai de família que fica sem uma renda de caráter alimentício, tolhendo-se, portanto de uma vida digna, sem possuir recursos para sua subsistência.

Assim, em tal situação há a existência do dano e nexos de causalidade, restando claro o dever de indenizar no âmbito da responsabilidade civil, sendo que quem responderá por eventuais danos causados é a administração pública e não o servidor causador do dano.

Conforme este previsto no artigo 37, parágrafo 6º da CFRB/88, o Estado responde pelos danos causados a outrem, por ação ou omissão praticadas, vejamos:

Art.37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

Parágrafo 6º – “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras dos serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Nesse sentido CAMPOS (2013, p.83), ensina que o “dano moral não é perfeitamente passível de recomposição, pois o sofrimento moral não pode ser recomposto, sendo irreversível e a reparação assume nítido caráter sancionatório para a pessoa do ofensor e uma forma de minimizar as consequências”.

De acordo com o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamin. Ministro Relator do Recurso Especial n. 1.288.224 – RS, julgado em 03.05.2011, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, caracterizada a responsabilidade subjetiva do Estado, mediante conjunção concomitante dos elementos dano, negligência administrativa e nexos de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público, é inafastável o direito à indenização ou reparação civil dos prejuízos suportados.

Ensina ainda CAVALIERI (p.231) que “O Estado responde porque causou dano ao seu administrado, simplesmente por existir relação de causalidade entre atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular. ”

Assim conclui-se que a questão da reparabilidade do dano moral no âmbito previdenciário é muito mais ampla não devendo ser apreciada apenas nas ações acidentárias, mas por possuir uma carga alimentar e social que reveste toda matéria previdenciária, deve ser analisada também nas questões que envolvem o limbo trabalhista previdenciário, uma vez que o empregado/beneficiário fica desprovido de meios de sustentar devido ao jogo de empurra-empurra entre o INSS que motivado pelo ilegal sistema de alta programada libera o empregado para o trabalho e este é impedido de retornar as suas atividades na empresa empregadora que reconhece a incapacidade do empregado.

Outro ponto de grande relevância no que tange ao dano moral previdenciário é a questão inerente a sua quantificação. Como é sabido os danos tidos como de relevância moral estão relacionados à esfera íntima do indivíduo, e por isso mesmo, muitas vezes é de difícil constatação. São aquelas lesões que repercutem na moral e na tranquilidade mental da vítima, ressaltando-se que não é mero dissabor ou um aborrecimento corriqueiro, devendo ser observado o efeito da lesão e sua repercussão sobre o lesado.

Em cada caso, deverá ser aferido o conceito de razoabilidade e sempre que possível, a prudência utilizada pelo juiz para estabelecer o *quantum debeat*, baseando-se em critérios objetivos, evitando valores aleatórios. A

jurisprudência pátria vem exercendo importante papel nessa seara, criando parâmetros a serem utilizados pelo julgador, na falta de previsão legal. Somente quando o caso concreto fugir frontalmente aos padrões, será admitido o critério subjetivo do juiz.

Na relação previdenciária, a proteção ao segurado está intimamente ligada à eficiência do serviço público o qual se deve mostrar necessária para assegurar um acesso justo e humanitário aos benefícios previdenciários existentes.

Por sua vez, o acervo jurisprudencial pátrio, como fonte informadora do Direito, tem se pautado de maneira decisiva para a viabilidade da reparação civil imaterial dentro da concepção previdenciária ora apresentada, demonstrando a evolução da reparação civil dentro desse ramo da ciência jurídica.

Conforme pesquisa realizada verifica-se que o trabalhador necessita que o ordenamento jurídico do país crie uma normatização para regularizar o ato da alta previdenciária e o efetivo retorno do obreiro ao trabalho, que fica em situação de desamparo diante da celeuma existente entre empresa x INSS.

Atualmente verifica-se um patente desrespeito ao segurado que recebe alta previdenciária e ao retornar ao seu posto de trabalho vê-se impedido de assumi-lo pelo empregador porque muitas vezes o médico do trabalho da empresa, encontra incapacidade laboral e por esse motivo não permite o retorno do trabalhador a sua função, mas nesse caso caberia a empresa recolocar esse obreiro numa função compatível com a sua capacidade até que o mesmo retome toda a sua capacidade laboral ou até que seja restabelecido o benefício previdenciário.

Assim, e para o fato de que com os danos morais, busca-se compensar a vítima pela dor, pelo sofrimento, pelo constrangimento, pela aflição ou por outro sentimento negativo decorrente do evento danoso, que no caso de ocorrência do limbo-jurídico previdenciário é totalmente possível, pois visto que o beneficiário tem cessado seu benefício pelo ilegal sistema de alta programada cumulado com o descaso dos peritos do INSS no momento da referida alta, sem análise aprofundada no seu quadro clínico, sendo considerado como apto, no entanto recusado pela empresa, causando-lhe danos, dor e sofrimento diante da inexistência de meios de prover seu sustento e de sua família, afrontando diretamente o princípio constitucional da preservação da dignidade da pessoa humana.

Verificou-se no presente artigo, que nestes casos, somando-se a existência da alta programada, em inúmeros casos, o trabalhador considerado apto pelo INSS, acaba sendo considerado inapto pelo médico do empregador, acontecendo o que a jurisprudência e a doutrina nomeiam de emparedamento ou limbo jurídico previdenciário. Neste estado, o trabalhador é impedido de retomar suas atividades e ao mesmo tempo, vê cessado seu benefício previdenciário, ficando literalmente, num limbo da divergência entre empregador e Poder Público.

Sendo a Previdência, órgão necessário para o provimento de auxílio aos que necessitam, verificamos que a instituição da Alta Programada é uma extrema agressão ao direito fundamental constitucional e da função social da empresa. Nessa esteira, devemos observar que ao não reconhecer o caso em concreto, mas sim levantar dados sobre a presunção lógica da recuperação o INSS comete ato violador de suas funções, deixando de lado sua própria razão de existir.

Cabe ao poder público, dentro de suas atribuições, buscar sistemas mais adequados para solucionar os problemas, independente da demanda, a celeridade não deve ser contraposta a realidade dos fatos, pois nesta relação criada pelo limbo o maior prejudicado é aquele que já se vê em situação de hipossuficiência.

REFERÊNCIAS

BRASIL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Perguntas Frequentes**. In. INSS.gov. Disponível em:< <https://www.inss.gov.br/orientacoes/perguntas-frequentes/>>. Acesso em 24/05/2020.

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES, Maria Lucia Soares; CARVALHO, Jéssica Terezinha do Carmo. **Limbo Jurídico Trabalhista-Previdenciário: ponderações para a efetivação dos direitos humanos na sociedade moderna**. 2016. In.unisal.br. Disponível em:< <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro6/Maria%20Lucia%20Soares%20Rodrigues%20e%20Jéssica%20Terezinha%20do%20Carmo%20Carvalho.pdf>>. Acesso em 25/05/2020.

TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. **O limbo jurídico: o trabalhador que é considerado apto pelo INSS e inapto pelo empregador. Uma solução hermenêutica em prol da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015, p. 80;