

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

LUCAS MATHEUS ALVES

**A PROVA DE INCAPACIDADE PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS
PREVIDENCIÁRIOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 E NO FUTURO
(PRESENTE) DIGITAL**

CURITIBA

2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

LUCAS MATHEUS ALVES

**A PROVA DE INCAPACIDADE PARA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS
PREVIDENCIÁRIOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 E NO FUTURO
(PRESENTE) DIGITAL**

Artigo apresentado na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II (DV455), do curso de Bacharelado em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Serau Júnior

CURITIBA

2022

TERMO DE APROVAÇÃO

A PROVA DE INCAPACIDADE PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 E NO FUTURO (PRESENTE) DIGITAL

LUCAS MATHEUS ALVES

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

MARCO AURELIO SERAU
JUNIOR

Assinado de forma digital por MARCO
AURELIO SERAU JUNIOR
Dados: 2023.02.03 21:38:24 -03'00'

MARCO AURÉLIO SERAU JÚNIOR

Orientador

Coorientador

SANDRO
LUNARD
NICOLADELI

Assinado de forma
digital por SANDRO
LUNARD NICOLADELI
Dados: 2023.02.06
11:53:46 -03'00'

SANDRO LUNARD NICOLADELI

1º Membro

GABRIELA VARELLA
DE OLIVEIRA

Assinado de forma digital por
GABRIELA VARELLA DE OLIVEIRA
Dados: 2023.02.03 15:20:43
-03'00'

GABRIELA VARELLA DE OLIVEIRA

2º Membro

AGRADECIMENTOS

Marcos relata, no livro sagrado, que, num sábado, Jesus e seus discípulos caminhavam próximo de uma plantação. E, durante a caminhada, os discípulos colheram algumas espigas para se alimentar.

Ao descobrirem a situação, os mestres da lei os acusaram de praticarem ilicitude no sábado sagrado. Depois, fundamentaram a acusação na literalidade da lei e na mais consolidada, por milhares de anos, jurisprudência.

Jesus então advogou: “o sábado foi feito por causa do homem, e não o homem por causa do sábado”.

Dessa forma, primeiramente, agradeço a Jesus pelo único ensinamento realmente indispensável na profissão jurídica, qual seja: o direito existe para o homem, e não o homem para o direito.

Agradeço a todos professores, especialmente à Tatyana Scheila Friedrich e ao Marco Aurélio Serau Júnior. Registro aqui minha enorme dívida com a primeira, valor que nunca pagarei a ela, mas a todo aquele que, assim como eu, precisar de ajuda.

Também registro especial agradecimento ao segundo, que, além de aceitar orientar este trabalho, possibilitou-me o estágio em docência em Seguridade Social e Direito do Trabalho e tornou-se referência na minha carreira acadêmica no Direito Previdenciário.

Agradeço às procuradoras Clarissa Teixeira Paiva e Vivian Caroline Castellano pela primeira oportunidade de estágio, na ETRBI-PR, e todo ensinamento na defesa do INSS. E agradeço aos advogados, especialmente o Giovani Nascimento, que acreditou e investiu na minha prática, como também Cesar Augusto Rocha, Leni Ribeiro, Denise Vieira e Sandro Lunard, por todo ensinamento na defesa dos trabalhadores e segurados.

Por fim, agradeço aos meus pais, minha irmã, minha sobrinha, Cecilia Helena, e meus amigos.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o papel da prova de incapacidade no direito previdenciário brasileiro, em especial, nos juizados especiais federais e na via administrativa, pelo INSS. Na primeira parte, será exposta, de maneira breve, a história da seguridade social brasileira, na perspectiva do conflito previdenciário. Na segunda, será analisado o instituto do benefício por incapacidade. Em seguida, serão analisados o papel da prova pericial no direito previdenciário e sua aplicação administrativa e judicial. Por fim, será valorada a prova médico pericial durante a pandemia de COVID-19, pelo advento da governança digital, não como perspectiva futura, mas já presente na gestão previdenciária.

Palavras-chave: Direito previdenciário. Benefício por incapacidade. Prova médico pericial. COVID-19. Governança Digital.

ABSTRACT

This article aims to analyze the role of proof of disability in Brazilian social security law, mainly special federal courts and in administrative proceedings, by the INSS. In the first part, the history of Brazilian social security will be briefly exposed, from the perspective of the social security conflict. In the second, the institution of the disability benefit will be analyzed. Then, the role of expert evidence in social security law and its administrative and judicial application will be analyzed. Finally, expert medical evidence will be valued during the COVID-19 pandemic, due to the advent of digital governance, not as a future perspective, but already present in social security management.

Keywords: Social Security Law. Disability benefit. Medical expert evidence. COVID-19. Digital Governance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia Geral da União

CFM – Conselho Federal de Medicina

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DCB – Data de Cessaç o do Benefício

DER – Data de Entrada do Requerimento

DIB – Data de In cio do Benefício

ETRBI – Equipe de Trabalho Remoto de Benefícios por Incapacidade

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social

LBPS – Lei de Benefícios da Previdência Social

PGF – Procuradoria Geral Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TNU – Turma Nacional de Uniformiza o

TRF3 – Tribunal Regional Federal da 3^a Região

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4^a Região

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2. BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE	11
3 O CONFLITO EM TORNO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS	8
4 DEFESA JURÍDICA DIGITAL DO INSS E OPERAÇÃO PENTE FINO	15
5 A NORMA PREVIDENCIÁRIA EM BRANCO.....	17
6 PROVA MÉDICA DA INCAPACIDADE	18
6.1 PERÍCIA ADMINISTRATIVA.....	19
6.2 PERÍCIA NOS JUÍZADOS ESPECIAIS FEDERAIS.....	20
6.3 PROVA TÉCNICA SIMPLIFICADA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19	22
6.4 PROVA PRODUZIDA POR MÉDICO ASSISTENTE.....	23
7 LEI 14.441 DE 2022 E O BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE NA ERA DIGITAL.....	24
8 CONCLUSÃO	27
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	30

INTRODUÇÃO

A Lei pode não esgotar a forma de sua aplicação, demandando que a administração pública ou o juízo a regulamente (FRANÇA, 2014, p. 12). Essa demanda ocorre na Lei 8.213/91, denominada de Lei de Benefícios da Previdência Social, na medida em que os artigos 42 (aposentadoria por invalidez), 59 (auxílio-doença) e 86 (auxílio acidente) não esgotam as possibilidades de disciplinar o que é incapacidade ou redução de capacidade.

Desse modo, em razão do incontável número de possibilidades, a definição de incapacidade laboral se enquadra entre as casuísticas que dependem, para interpretação, de outras ferramentas (SERAU, 2014, p. 119).

Essa ferramenta pode ser médica, administrativa ou jurisprudencial, como na súmula 78, em que a Turma Nacional de Uniformização (2014) se desvincilhou da mera interpretação médica do que é incapacidade e entendeu que “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”

Por outro lado, as ferramentas, como ocorre de forma recorrente na via administrativa, podem restringir o direito ao benefício por incapacidade, conflitando com a Lei de Benefícios, a constituição federal e os princípios da seguridade. Destes, principalmente, a universalidade de participação e gestão descentralizada (TAVARES, 2011, p.70).

Durante a pandemia de COVID-19, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Justiça Federal utilizaram ferramentas não habituais para análise de incapacidade.

O primeiro, com a Lei 13.982 de 2020, implantou a avaliação de atestados para concessão da “antecipação de benefício por incapacidade”, adiantando, parcialmente, o valor do benefício e deixando o restante para ser concedido ou não, mediante avaliação presencial.

A segunda utilizou a prova técnica simplificada e, em menor escala, a avaliação direta pelo juízo.

Com o retorno das atividades presenciais, o processo de governança digital, que teve prenúncio na criação da plataforma “gov.br”, pelo decreto presidencial 8.936 de 2016 (BRASIL), estabeleceu uma forma de concessão de auxílio por incapacidade temporária (que não se confunde com a antecipação que existiu durante a pandemia)

por meio de análise de atestado médico.

Essas mudanças ocorrem no contexto de conflito previdenciário, com interpretações utilitaristas, travestidas de defesa do equilíbrio financeiro da previdência (SAVARIS, 2011, p. 25), sendo possível que o avanço digital resulte em mais restrições ao segurado.

Portanto, há de se analisar a possibilidade de conciliação entre o avanço da tecnologia, os objetivos sociais, constitucionalmente assegurados, dos benefícios por incapacidade e as técnicas de avaliação de incapacidade com critérios pré-estabelecidos de qualidade, que considerem a hipossuficiência técnica e financeira do segurado ao efetuar o requerimento ou ajuizar ação judicial.

Também é necessário que a análise dos benefícios por incapacidade observe o projeto constitucional vigente. Este, na seguridade social, objetiva, como fundamento republicano, a proteção social contra as adversidades, pela sociedade e pelo Estado (SAVARIS; ROCHA; 2014: p. 107)

Visto isso, este trabalho irá expor, primeiramente, de forma breve, a história da previdência social no Brasil, investigar a evolução da prova de incapacidade e analisar o procedimento durante a pandemia de COVID-19 e com o avanço da governança digital. O procedimento metodológico utilizado será a análise da legislação, constitucional, ordinária e infralegal, da jurisprudência e da doutrina sobre o assunto.

2 BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

Conforme exposto no capítulo anterior, os benefícios previdenciários por incapacidade estão separados em aposentadoria por invalidez, auxílio-doença e auxílio acidente.

Essa separação não é ilógica, preceitua uma organização do legislador em agrupar a aposentadoria de invalidez conjuntamente com as demais aposentadorias.

Esse primeiro benefício, também chamado de “benefício por incapacidade permanente” é destinado, pelo artigo 42 da Lei de Benefícios, aos casos em que o segurado “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” (BRASIL, 1991).

Conforme a LBPS (8.213/1991), são requisitos gerais do benefício por incapacidade permanente: qualidade de segurado, carência e incapacidade

permanente para toda e qualquer atividade ou, em alguns casos, tão somente para atividade habitual.

A qualidade de segurado é a condição da pessoa que possua inscrição e contribua ao INSS. Em todos os casos, basta uma contribuição para adquirir esse status.

A carência é a quantidade mínima de contribuições para alcançar o direito ao benefício pleiteado.

No caso da aposentadoria por invalidez, ela é, em regra geral, de 12 contribuições mensais (art. 25, I, da Lei 8.213/1991).

O artigo 151 da Lei de Benefícios apresenta um rol de doenças isentas de carência, além deles, a jurisprudência também tem entendido pela possibilidade de estender a previsão do art. 151 da Lei de Benefícios a outras doenças, não listadas (BRASIL, 1991).

Nesse sentido, a TNU firmou a seguinte tese, no tema 220, em 2021:

1. O rol do inciso II do art. 26 da lei 8.213/91 é exaustivo. 2. A lista de doenças mencionada no inciso II, atualmente regulamentada pelo art. 151 da Lei nº 8.213/91, não é taxativa, admitindo interpretação extensiva, desde que demonstrada a especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado. 3. A gravidez de alto risco, com recomendação médica de afastamento do trabalho por mais de 15 dias consecutivos, autoriza a dispensa de carência para acesso aos benefícios por incapacidade.

Embora consolidado na TNU, esse entendimento ainda é controvertido, especialmente no rito processual civil comum.

A título exemplificativo, o STJ em 2019 acordou que

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA. ART. 151 DA LEI 8.213/1991. MOLÉSTIA NÃO PREVISTA NO ROL DE DOENÇAS QUE DISPENSAM A COMPROVAÇÃO DE CARÊNCIA. TESE NÃO PREQUESTIONADA. AGRAVO INTERNO DO SEGURADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Corte de origem, à luz das provas carreadas aos autos, julgou improcedente o pedido de concessão de benefício por incapacidade, em razão de não ter o Segurado cumprido a carência exigida de 12 meses. 2. **A tese de que a doença que acomete o Segurado está elencada no art. 151 da Lei 8.213/1991, o que dispensaria a comprovação da carência, não foi analisada pela instância de origem**, nem mesmo a parte autora buscou opor Embargos de Declaração, a fim de provocar a discussão do tema, carecendo, portanto, de prequestionamento, requisito indispensável à análise da matéria em sede de Recurso Especial. 3. **Ainda que assim não fosse, o autor relata sofrer de transtorno de ansiedade, moléstia não elencada no art. 151 da Lei 8.213/1991.** 4. Agravo Interno do Segurado a que se nega

provimento. (AgInt no AREsp 664.855/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/08/2019, DJe 14/08/2019 (grifo nosso)

No voto do relator Napoleão Nunes Maia Filho, ficou consignado que na medida em que o laudo atestou doença não listada no artigo 151 da Lei de Benefícios, não seria possível analisar a isenção de carência (STJ, 2019).

A cessação do benefício por incapacidade permanente ocorre de forma gradual, nos casos em que o benefício durou mais de 5 (cinco) anos.

Constatada a capacidade, o segurado ainda receberá benefício por 18 (dezoito) meses: nos 6 (seis) primeiros meses, o valor será integral; nos 6 (seis) meses seguintes, o valor será de 50% (cinquenta por cento) do benefício e, nos últimos 6 (seis) meses, receberá 25% (vinte e cinco por cento) do valor do benefício (BRASIL, 1991).

Já o auxílio-doença, também chamado de benefício por incapacidade temporário, é destinado, pelo artigo 59 da Lei de Benefícios, ao segurado “incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos” (BRASIL, 1991).

Os requisitos de carência e qualidade do auxílio-doença são os mesmos da aposentadoria por invalidez (BRASIL, 1991).

A diferença principal é que a incapacidade, neste caso, deve ser total e temporária ou parcial e permanente.

As outras diferenças entre os dois benefícios são: a temporalidade mais evidente, a obrigatoriedade, quando for o caso, em se submeter ao processo de reabilitação e a forma de cessação

Por último, o auxílio acidente não é um substitutivo de renda, como os 2 benefícios acima, mas uma indenização ao segurado que, por acidente, possua seqüela que causa redução parcial e permanente de capacidade.

Esse benefício dispensa carência, exigindo somente a qualidade de segurado na data do acidente e será cessado quando for concedida aposentadoria ou no óbito do segurado.

Uma controvérsia em torno do auxílio acidente era se, por outro motivo, o segurado tiver sua capacidade laboral reduzida parcial e permanentemente, faria jus ao benefício.

A questão foi resolvida pela TNU no pedido de uniformização de Lei nº

0031628-86.2017.4.02.5054/ES. Este resultou no tema 269, com a seguinte tese (TNU, 2022):

O conceito de acidente de qualquer natureza, para os fins do art. 86 da [Lei n. 8.213/1991](#) (auxílio-acidente), consiste em evento súbito e de origem traumática, por exposição a agentes exógenos físicos, químicos ou biológicos, ressalvados os casos de acidente do trabalho típicos ou por equiparação, caracterizados na forma dos arts. 19 a 21 da Lei n. 8.213/1991.

Por fim, os cálculos da RMI dos benefícios por incapacidade são obtidos a partir da seguinte proporção do salário benefício, conforme previsão da Lei de Benefícios: 100% (cem por cento) para aposentadoria por invalidez, conforme o artigo 44, 91% (noventa e um por cento) para auxílio-doença, conforme o artigo 61, e 50% (cinquenta por cento) para auxílio acidente, conforme o artigo 86, §1º (BRASIL, 1991).

Já o salário benefício é calculado, para segurados que tenham reunidos os requisitos antes da reforma de 2019, mediante a média simples de 80% (oitenta por cento) dos maiores salários recebidos desde a implementação do plano real.

E, para os segurados que só reuniram os requisitos do benefício após a reforma de 2019, o salário benefício é obtido a partir da média simples de 100% (cem por cento) dos salários recebidos desde julho de 1994.

No próximo capítulo, será exposto e analisado o conflito previdenciário, em especial, acerca dos benefícios por incapacidade.

3 O CONFLITO EM TORNO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Marco Aurélio Serau Junior (2014, p. 67) define os objetos do conflito previdenciário como os benefícios concedidos pelos órgãos previdenciários, podendo o conflito ser motivado pela concessão ou revisão desses benefícios.

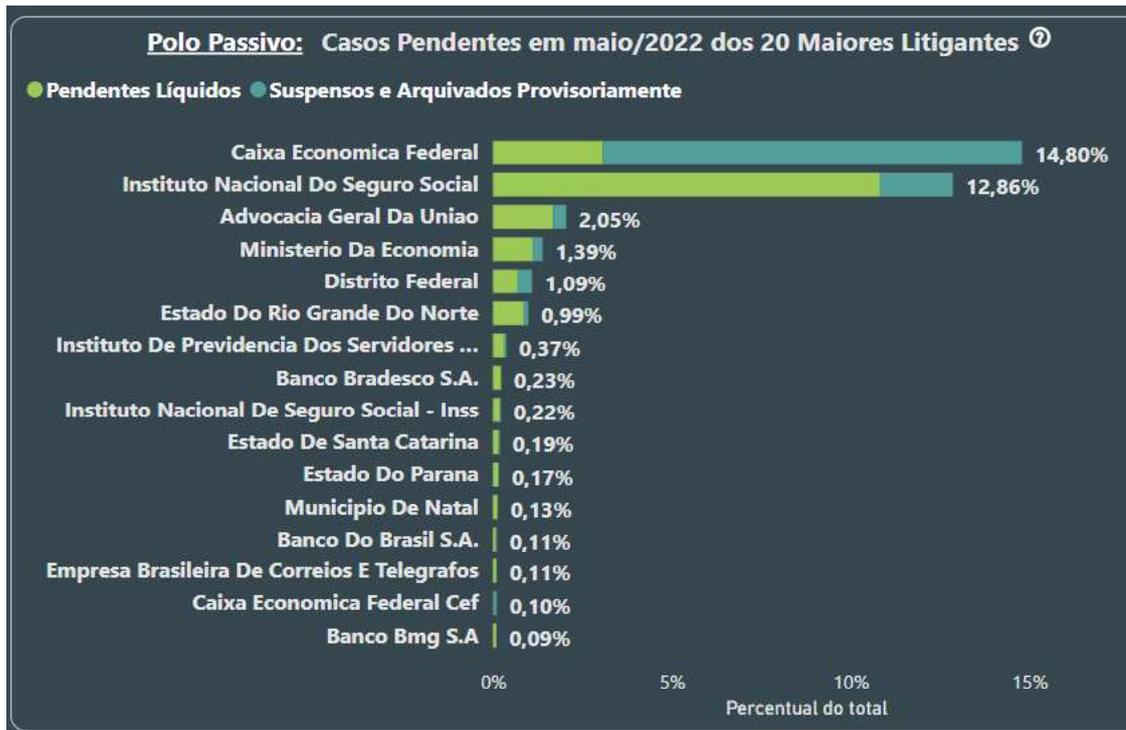
Esse conflito previdenciário se revela no painel “Grandes Litigantes” do Conselho Nacional de Justiça, que inclui dados consolidados de maio de 2022 de seis tribunais.

Nele, o Instituto Nacional de Seguridade Social ocupa a segunda posição de maior litigante passivo (CNJ, 2022)

Se considerar apenas os processos pendentes, a amostragem demonstra que, em maio de 2022, a Autarquia era parte ré de, aproximadamente, 12% (doze por cento) das ações judiciais do Brasil.

Essa porcentagem é mais que o sêxtuplo do referente à Advocacia Geral da União, terceira maior litigante passiva da amostragem, conforme exposto no gráfico 1 a seguir:

Gráfico 1 – Casos pendentes em maio de 2022 dos 20 (vinte) maiores litigantes no polo passivo (2022)



Fonte: CNJ, 2022¹

No outro lado, dos maiores litigantes ativos da pesquisa, o INSS surge apenas na sétima posição, segundo o gráfico 2 disposto a frente:

¹ Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em 20/11/2022

Gráfico 2 – Casos pendentes em maio de 2022 dos 20 (vinte) maiores litigantes no polo ativo (2022)



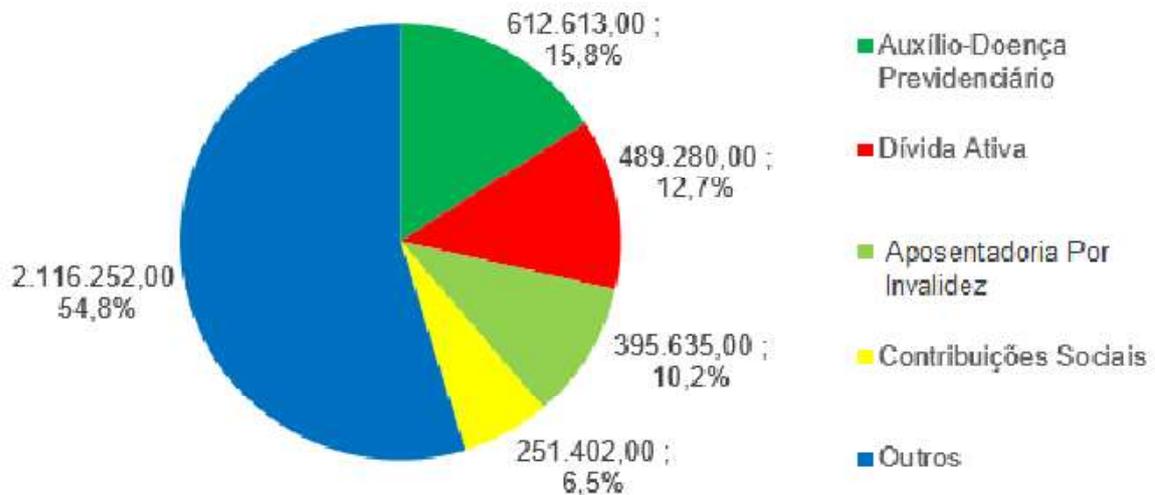
Fonte: CNJ, 2022.

A proporção entre litigância passiva e ativa demonstra a configuração típica do conflito previdenciário: segurado como autor e o INSS como réu.

Desse montante de processos, os benefícios por incapacidade representam parcela significativa.

Em 2017, por exemplo, as ações sobre auxílio-doença representaram 15,8% dos novos litígios de competência da Justiça Federal, enquanto as ações sobre aposentadoria por invalidez representaram outros 10,2 %, totalizando 26% das novas ações do ano, segundo o gráfico 3 disposto a frente:

Gráfico 3 – Temas das novas ações da Justiça Federal, ajuizadas em 2017.



Fonte: AJUFE, 2018.²

Nesses conflitos em torno dos benefícios por incapacidade, que alcançam 1 (um) milhão de casos anualmente, o autor provavelmente está doente, o que, além de fragilizar a saúde, o fragiliza financeiramente visto a suspensão de emprego ou não capacidade de conseguir um novo vínculo, forçando-o, inclusive, buscar fontes precárias de renda, como trabalhos que agravam sua enfermidade ou esmolas.

Do outro lado do conflito, está a autarquia ré, dotada da capacidade financeira da máquina federal, privilégios processuais e de equipes especializada em matéria única, como, por exemplo, as Equipe de Trabalho Remoto de Benefícios Por Incapacidade da Procuradoria Geral Federal

Mesmo que, comparativamente, a autarquia disponha de uma equipe jurídica capacitada, também há prejuízos decorrentes dessa defesa jurisdicional.

No caso dos benefícios por incapacidade, a falta de pessoal, agravada pela falta de concursos públicos, força o INSS a destinar os recursos humanos para trabalhar nas concessões de origem administrativa, na medida em que são mais simples que as de origem judicial, que geram debates acerca da coisa julgada (PAIVA, 2016).

Dessa forma, não é incomum que benefícios concedidos judicialmente se

² Disponível em: https://www.ajufe.org.br/images/pdf/AJUFE_Arrazoado_Tcnico_Judicializacao_INSS_.pdf. Acesso em 10/12/2022

prolonguem para prazo posterior à recuperação da capacidade laboral (PAIVA, 2016).

Outro ônus do erário público causado pela judicialização das concessões de benefício por incapacidade está no pagamento da perícia médica judicial.

Constava no texto da Lei 13.876 de 2019 (BRASIL, 2019) que o Executivo Federal deveria arcar com “uma perícia por processo judicial”.

Com a alteração do texto, mediante a lei 14.331 de 2022 (BRASIL, 2022), o Executivo antecipa os honorários e, no final da ação, o segurado deve pagar, se vencido.

Na prática previdenciária dos benefícios por incapacidade, com um autor possivelmente incapacitado e, conseqüentemente, sem renda, o instituto da justiça gratuita isenta a parte autora e, novamente, atribui o ônus aos cofres da União.

No próximo capítulo, será analisado o conflito previdenciário na esfera digital e a estratégia de defesa da autarquia, principalmente na operação “pente fino”.

4 DEFESA JURÍDICA DIGITAL DO INSS E OPERAÇÃO PENTE FINO

Em novembro de 2021, o auxílio-doença representou 43,49% (quarenta e três vírgula quarenta e nove por cento) das concessões previdenciárias do INSS, a aposentadoria por invalidez representou 2,66% (dois vírgula sessenta e seis por cento) e o auxílio acidente 0,44% (zero vírgula quarenta e quatro por cento) (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2021).

Além dos benefícios previdenciários, o BPC (Lei 8.742 de 1993) e as aposentadorias programadas para pessoa com deficiência (Lei complementar 142/2013), que não são objetos deste trabalho, também utilizam a perícia médica para concessão ou negativa previdenciária.

Após a perícia médica, pode ocorrer o deferimento ou o indeferimento do benefício por incapacidade por algum motivo, qual seja: falta de qualidade de segurado, falta de carência, preexistência ou constatação de capacidade.

Nos três primeiros casos, o conflito posterior será numa linguagem propriamente jurídica. Pode-se dar em torno da possibilidade de isenção de carência, da diferença entre DIB ou DII ou na comprovação de qualidade de segurado

No último, o conflito jurídico ocorrerá numa linguagem predominante médica, geralmente na via judicial em razão da demora do recursal administrativo – vide o

tema 1066³ do STF, e da tendência de manutenção da decisão.

Neste conflito judicial, os participantes são, de um lado, os segurados e, de outro, o INSS; sendo que os primeiros são, em regra, hipossuficientes do ponto de vista econômico e social, representados por advogados pouco especializados; enquanto, a autarquia, extremamente burocrática, é dotada de diversas prerrogativas processuais, bancos de dados administrativos e judiciais, Procuradores Federais especializados e sem carência econômica (SERAU, 2014, p. 71-84)

Do lado da Procuradoria, um marco da defesa do INSS nos benefícios por incapacidade foi criado em 2015, pela portaria PGF nº 979: o modelo de ETR-BI.

Auxiliado pelo sistema “SAPIENS”, o modelo permite que, por exemplo, uma pequena equipe de procuradores e estagiários na capital administrem os prazos de milhares de processos judiciais em todo Estado, com análise robótica e minutas padrões para os casos simples e análise humana e qualificada para os casos com risco de derrota da Autarquia.

Essa especialidade temática em benefício por incapacidade agrava o desequilíbrio entre a defesa do segurado e a defesa da autarquia.

Pelo incentivo financeiro, o advogado previdenciário privado concentra seus estudos nos benefícios programados, entre os motivos, estão: a maior previsibilidade do sucesso da demanda, a maior possibilidade de adimplemento das parcelas anteriores ao êxito pelo cliente (visto que não está incapacitado para o trabalho) e a autonomia para trabalhar sem um auxiliar médico.

Do outro lado, o advogado previdenciário público, com alta remuneração fixa, pode se dedicar exclusivamente aos litígios de benefício por incapacidade e, a depender do tamanho e organização da equipe, dedicar-se exclusivamente a um dos 3 benefícios ou a uma parte específica do processo.

Além dos programas da Procuradoria Geral Federal, outros programas surgem como tática de defesa do INSS.

Entre eles, destaca-se a operação pente fino⁴, que ocorreu mediante a Lei nº

³ Com a homologação de acordo judicial, o debate restou prejudicado. Mas tratava sobre “Possibilidade de o Poder Judiciário (i) estabelecer prazo para o Instituto Nacional do Seguro Social realizar perícia médica nos segurados da Previdência Social e (ii) determinar a implantação do benefício previdenciário postulado, caso o exame não ocorra no prazo.”

⁴ Marco Aurelio Serau Júnior (2019, p.17) entende que a operação pente fino se trata de “uma verdadeira minirreforma previdenciária, tamanha a gama de assuntos tratados e matérias alteradas. Embora norma de pequeno tamanho, contendo poucos artigos, operou intensas modificações em diversos benefícios e institutos previdenciários”.

13.846/19 e instaurou o “Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade” (BRASIL, 2019).

Ela foi introduzida sem debate no ordenamento jurídico brasileiro, por medida provisória, revelando-se um retrocesso no alcance dos benefícios previdenciários. (SERAU JR, 2019: p. 18 e 178).

Nessa operação, a presunção de boa-fé foi substituída pela presunção de má-fé, por parte do segurado; neste cenário, todos os segurados foram considerados suspeitos pelo INSS (SERAU, 2019: p. 24)

Com a lei 14.441 de 2022, a atuação dos peritos se expandiu para o recursal administrativo e processo judicial, alterando o artigo 1º da Lei 13.846 de 2019 (BRASIL, 2022).

O cerne desse conflito em torno dos benefícios por incapacidade ocorre na própria definição de “incapacidade”, que será explorada no próximo capítulo.

5 A NORMA PREVIDENCIÁRIA EM BRANCO

Da Constituição Federal (BRASIL, 1988) extrai-se que:

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

I - **cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho** e idade avançada; (grifo nosso)

Como previsto pela legislação constitucional, o legislador ordinário criou a Lei 8.213 (BRASIL, 1991), que delegou ao INSS a análise da incapacidade, seja por perícia ou análise de documentação médica:

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 insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição**.

§ 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. (grifo nosso)

O autor (p. 177-178) também aponta “questionável constitucionalidade” na Lei e conclui que “no plano sociológico, também são bastante claras as consequências funestas em termos de redução do nível geral da proteção social, diante da aplicação de regras draconianas e bastante apartadas da nossa realidade.

Nesse ponto, pode-se emprestar do direito penal e chamar o dispositivo legal de uma “norma previdenciária em branco”.

Chama-se de “norma previdenciária em branco” aquela que, pela característica fluída do objeto da norma, necessita de complementação infralegal ou pericial, determinando, no caso dos benefícios por incapacidade, as situações médicas e sociais abrangidas.

Ao contrário da Lei de Drogas, que no artigo 66 delega de forma abrangente à Anvisa a conceituação do que é droga, a lei de benefícios por incapacidade somente delegou à órgão competente quais seriam as doenças isentas de carência, no artigo 26, mesmo que tenha apresentado algumas doenças no artigo 151.

Embora exista essa delegação, as normas do artigo 26 e 151 não foram cumpridas pelo Executivo, o que resultou no Tema 220 da TNU para “Saber se o rol do inciso II do art. 26 c/c art. 151 da Lei nº 8.213/91 é taxativo ou se pode contemplar outras hipóteses de isenção de carência, como a gravidez de alto risco”.

A conclusão foi que:

“1. O rol do inciso II do art. 26 da lei 8.213/91 é exaustivo. 2. A lista de doenças mencionada no inciso II, atualmente regulamentada pelo art. 151 da Lei nº 8.213/91, não é taxativa, admitindo interpretação extensiva, desde que demonstrada a especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado. 3. A gravidez de alto risco, com recomendação médica de afastamento do trabalho por mais de 15 dias consecutivos, autoriza a dispensa de carência para acesso aos benefícios por incapacidade.”

Quanto às outras doenças (não isentas de carência), não há delegações ou direcionamentos da Lei de Benefícios, o que faz o poder decisório em torno dos benefícios por incapacidade ser atribuído ao médico perito, administrativo ou judicial.

No próximo capítulo, serão expostas quatro tipos de prova médica de incapacidade, que são: perícia administrativa, perícia nos juizados especiais, prova técnica simplificada e prova produzida por médico particular ou assistente.

6 PROVA MÉDICA DA INCAPACIDADE

Giselle de Amaro e França (2015, p. 121-122) resume, estudando Luhman, a lógica sanitária binária (aplicável à medicina de maneira geral) em saúde/doença. Enquanto a lógica binária do direito seria direito/não direito ou lícito/ilícito.

Na análise de concessão dos benefícios por incapacidade, esses dois códigos

aparecem juntos: o código médico almeja responder se há doença ou saúde e o código jurídico se há direito ou não direito.

Mas determinar o que é “capacidade” ou “incapacidade” e suas repercussões, como a possibilidade de reabilitação e sua duração, torna-se um conflito de competência das ciências.

Como exposto no capítulo anterior, a legislação previdenciária escolheu, na maioria dos casos, o médico-perito para dizer o que é incapacidade.

No entanto, a perícia médica não é o único meio de prova e, com a pandemia e a mudança legal promovida pela Lei 14.441 de 2022, o INSS passou a aceitar a prova documental fornecida pelo segurado como suficiente para concessão de benefício por incapacidade (BRASIL, 2022).

Nos subcapítulos a seguir, serão analisadas as formas de prova de incapacidade, iniciando pela perícia administrativa.

6.1 PERÍCIA ADMINISTRATIVA

Pode-se entender a perícia médica administrativa como a conjunção de duas ciências com elementos aparentemente distantes: direito administrativo e medicina pericial.

O primeiro se entende como um conjunto normativo para regular as condutas do Estado, o aprisionando à legalidade e à proteção do cidadão. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 47-48)

Nesse sentido, a Constituição Federal estabeleceu o princípio da legalidade como regulador da administração pública no caput do artigo 37 e, nas competências do presidente da república, atribuiu privativamente, no inciso IV do artigo 84, a competência de “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução” (BRASIL, 1988).

Já o segundo é elemento de demonstração da prova feito por especialista quando não há prova documental suficiente ou quando cercam dúvidas em torno da compreensão dessa prova (OPITZ JR; OPITZ NETO; BEPU JUNIOR; 2016, p. 13).

Essa perícia deve ser produzida, privativamente, por profissional médico, nos termos do artigo 5º da Lei 12.842 de 2013.

Portanto, os trâmites da perícia também serão ditados pelas regulações do próprio exercício da medicina, disposto em lei, decreto ou ato normativo do CFM,

como o Código de Ética Médica, que preceitua:

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho

Aqui surge um conflito entre legalidade e autonomia médica.

Enquanto servidor público, o perito deve se pautar na legalidade. Esta não se esgota na legalidade estrita, mas abrange a obediência a todos as diretrizes constitucionais (HAUSER, 1999).

Dessa forma, o perito administrativo é dotado de autonomia limitada em comparação ao médico particular, não podendo concluir em sentido contrário à lei ou à constituição.

Essa limitação pode ser mediante princípios ou normas. Diferenciados qualitativamente na teoria de Robert Alexy, que classificou o primeiro grupo como “mandamentos de otimização” e o segundo como “deveres e direitos definidos”, que não se extrapolam (SILVA, 2003, p. 610-611).

Dessa forma, ao produzir o laudo administrativo, o perito deve visar os mandamentos constitucionais, como: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), erradicação da pobreza (art. 3º, III), garantia de tratamento digno e humano (art. 5, III), direitos sociais (art. 6º), proteção à gestante (art. 201, II), proteção ao desempregado (art. 201, III), proteção da família (art. 226), proteção da criança, adolescente e jovem (art. 227), proteção do idoso (art. 230), entre outros mandamentos constitucionais.

No grupo das regras, a limitação é mais específica e direta. No futuro, se uma lei estabelecer que determinada doença é entendida como incapacitante pelo seu simples diagnóstico, não poderá o perito administrativo, mesmo que fundado em linha médica científica majoritária, concluir o contrário.

Quando a perícia administrativa é desfavorável ao segurado, este pode pleitear no judiciário, que poderá realizar nova perícia, que será explorada no próximo subcapítulo.

6.2 PERÍCIA NOS JUÍZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Quando o conflito em torno da definição de incapacidade não se esgota na

esfera administrativa, pode resultar num conflito judicial. Este, pelo valor das ações e necessidade de resposta rápida pelo judiciário, ocorre, geralmente, nos juizados especiais federais.

Sistema peculiar, pois é dotado de regras e princípios próprios em relação ao código de processo civil, podendo, inclusive, afastar institutos processuais civis conflitantes com a lógica dos juizados especiais (DONIZETE, 2015, p. 89).

Além disso, o processo civil, na seara previdenciária, deve ser modulado para se compatibilizar com o direito em disputa, que é parte do mínimo existencial, de forma a atender o direito fundamental ao processo justo (SAVARIS, 2021. P. 76)

Dentro do processo, o perito, embora cientificamente autônomo, está hierarquicamente subordinado ao texto constitucional e ao próprio processo, atendendo critérios mínimos na confecção do laudo; José Antonio Savaris (2014, p. 32-33) os elenca: i) queixa do periciado; ii) história laboral e clínica do periciado; iii) exame clínico; iv) resultados e análise das provas; v) diagnóstico; vi) significado (fundamentação) dos exames que o levaram a conclusão; vii) relação entre o trabalho e saúde do periciado, com análise de possível agravamento.

Os critérios mínimos elencados acima podem ser entendidos como motivos de anulabilidade que, mediante uma intimação, o juiz pode fazer o perito complementar o laudo ou mesmo convalidá-lo e julgar sem a correção – se a simplicidade do caso permitir.

Já o dever de subordinação ao texto constitucional, deve ser entendido em sentido amplo e ser motivo de nulidade do ato pericial.

Mesmo que a especialidade do perito seja médica, e não jurídica, esse deve confeccionar o laudo em atenção às diretrizes do projeto constitucional e da LBPS, não podendo invocar a falta de especialidade, como escusa do cumprimento da Lei, conforme preceitua o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras (Decreto-Lei 4.657 de 1942).

Além disso, está restrito aos princípios processuais, assegurados ordinária ou constitucionalmente, como acesso à justiça (art. 5º, XXXV da Constituição), isonomia de tratamento (art. 5º, caput, da Constituição e art. 7º do CPC), licitude das provas (art. 5º, LVI, da Constituição), entre outros.

Não atendido os pressupostos constitucionais ou legais, o laudo está contaminado e não pode ser prova de capacidade. Essa contaminação se agrava quando o laudo milita contra o segurado, devendo se aplicar o princípio “*in dubio pro*

misero".⁵

Durante a pandemia, com o risco de realizar perícia presencial, adotou-se a prova técnica simplificada, que será detalhada no próximo subcapítulo.

6.3 PROVA TÉCNICA SIMPLIFICADA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Em março de 2020, diante da iminente crise sanitária que seria causada pela COVID-19, ocorreu o fechamento das agências do INSS pela portaria 412/2020 do Ministério da Economia (naquele momento, o INSS estava incorporado à pasta pela reforma ministerial de 2019, promovida pela medida provisória 870/2019, que, posteriormente, foi convertida na Lei 13.844/2019).

Inicialmente, a expectativa era que a pandemia fosse passageira e fixou-se o prazo de fechamento até 30 de abril de 2020 (artigo 2º).

Naquele momento, a autarquia deu um passo forçado no processo de digitalização dos requerimentos previdenciários, obrigando que, nos termos do §1º do artigo 2º, os requerimentos fossem realizados exclusivamente por meio dos canais remoto.

No âmbito judicial, em 19 de março de 2020, o CNJ editou a resolução nº 313, com o objetivo de diminuir a disseminação do vírus COVID-19. Entre as medidas, destaca-se: estabeleceu o regime de Plantão extraordinário, suspensão dos prazos processuais e autorização do trabalho remoto para magistrados, servidores e colaboradores (CNJ, 2020).

Em 13 de março, o TRF3 suspendera o trabalho presencial e as perícias médicas (TRF3, 2020). Na semana seguinte, o TRF4 fez o mesmo, suspendendo as perícias médicas e outras atividades presenciais (TRF4, 2020).

Diante da expectativa de duração das restrições, o Judiciário encontrou um entrave nas ações de benefício por incapacidade visto que por conter a incapacidade como requisito, qual outra forma de atestá-lo, senão por perícia médica?

⁵ Sobre o "*in dubio pro misero*", Rodrigo Zacharias, Cristiane Haik e Raul Mariano Junior (2022, p. 158) explicam que o conceito "não é originário do Direito Previdenciário nem do Direito do Trabalho. Tratando-se de brocardo latino, foi usado primeiramente em Direito Penal – como *in dubio pro reo* – e somente após transportado para o Direito do Trabalho." Também ressaltam que "não se trata de princípio, mas de mera regra de interpretação, parâmetro, norte para o julgamento de casos duvidosos. Nessa condição, o adágio vale para qualquer intérprete, não apenas para o "autêntico", que na conhecida linguagem de Hans Kelsen é o juiz, ou melhor, o Judiciário."

Uma possível solução já estava no CPC, que permite no artigo 464, § 2º, que “de ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade”. (BRASIL, 2015)

Sobre a prova técnica simplificada, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2016, p. 492-493) ressaltam que a previsão legal existe para casos excepcionais, com situações de simples constatação.

Durante a implantação da prova simplificada, o CFM se posicionou contrariamente e publicou o parecer 10/2020, que determinava:

Em ações judiciais em que sejam objetos de apreciação pericial, a avaliação de capacidade, dano físico ou mental, nexos causal, definição de diagnóstico ou prognóstico, é vedado ao médico a realização da perícia sem exame direto do periciando ou sua substituição por prova técnica simplificada.

O entendimento do conselho profissional foi, posteriormente, declarado nulo pela Ação Civil Pública nº 5039701-70.2020.4.04.7100/TRF4.

A prova técnica simplificada também gerou insatisfação do INSS em torno do pagamento pelos honorários periciais visto que a Lei 13.876/2019 determinava, expressamente, o pagamento de “perícia”, e não de outro tipo de prova.

Com o fim da pandemia, a prova técnica simplificada perdeu a importância no meio previdenciário e é importante que seu uso continue apenas em situações excepcionais visto que, ao cercearem a participação no ato pericial e se fundamentarem apenas em documentos, prejudicam a parte materialmente fragilizada na produção de provas, ou seja, o segurado autor

No próximo subcapítulo, será explorado a última modalidade de prova de incapacidade que é a prova apresentada pelo próprio segurado, produzida por médico assistente

6.4 PROVA PRODUZIDA POR MÉDICO ASSISTENTE

‘No direito previdenciário, há relativa suspeita em relação ao segurado, conforme ocorreu na operação Pente Fino; no processo, essa suspeita se traveste de uma “Interpretação utilitarista” das normas previdenciárias (SERAU, 2019: p. 24; SAVARIS, 2011, p. 25). Inevitavelmente, esse contexto adverso gera uma desconfiança também às provas apresentadas pelo segurado, produzidas pelo

médico assistente.

Geralmente, para concessão de benefício por incapacidade, o INSS e a Justiça Federal exigiam exame feito por médico próprio, seja servidor ou perito judicial nomeado, para atestar a incapacidade. Raro eram os casos, como na ação que avaliava incapacidade de autor já falecido, em que a análise não era decidida, em maior grau, por exame presencial realizado por médico da autarquia ou da justiça.

No entanto, durante a pandemia de COVID-19, a situação não permitia mais os exames presenciais pelos médicos dos órgãos. Nesse contexto, a autarquia deu legitimidade parcial às provas médicas, concedendo antecipação de benefício por incapacidade, mediante atestado que atendesse critérios objetivos⁶, previstos na Portaria Conjunta nº 9.381 (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2020)

Judicialmente, ocorreram julgados em que somente a prova produzida por médico assistente foi suficiente para concessão definitiva do benefício previdenciário. Essa legitimação judicial, para o contexto pandêmico, ficou explícita pela pelo tema 288 da TNU, que fixou a seguinte tese.

Em resposta emergencial e preventiva, para evitar o risco de transmissão e contágio por Coronavírus (SARS-CoV-2) durante a crise pandêmica, é possível a dispensa de perícia médica para concessão de benefício por incapacidade laboral, quando apresentados pareceres técnicos ou documentos médicos elucidativos, suficientes à formação da convicção judicial, desde que observado o contraditório, a ampla defesa e o princípio da não surpresa. (grifo nosso)

No entanto, conforme se extrai da tese, conservou-se o caráter excepcional daquela medida. E foi somente com a Lei 14.441 de 2022 que o atestado particular ganhou força probatória definitiva, para além de períodos excepcionais, conforme será exposto no próximo capítulo.

7 LEI 14.441 DE 2022 E O BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE NA ERA DIGITAL

Enviada ao congresso como medida provisória 1.113 de 2022, a Lei nº 14.441 de 2022 alterou significativamente a lógica na concessão de benefícios previdenciários.

Com a conversão em Lei, reconheceu-se a prática que agilizou os benefícios

⁶ Os critérios de validade dos atestados estão previstos no §1º do artigo 2º da Portaria 9.381, são eles:

“I - estar legível e sem rasuras;

II - conter a assinatura do profissional emitente e carimbo de identificação, com registro do Conselho de Classe;

III - conter as informações sobre a doença ou CID; e

IV - conter o prazo estimado de repouso necessário”

durante a pandemia de COVID-19, isentando de passar pela perícia física, os casos comprovados mediante prova documental (SERAU,2022)

Essa permissão ficou consignada no novo §14 do artigo 60 da Lei de Benefícios, que dispõe (BRASIL, 2022):

Ato do Ministro de Estado do Trabalho e Previdência poderá estabelecer as condições de dispensa da emissão de parecer conclusivo da perícia médica federal quanto à incapacidade laboral, hipótese na qual a concessão do benefício de que trata este artigo será feita por meio de análise documental, incluídos atestados ou laudos médicos, realizada pelo INSS.

E a portaria conjunta MPT/INSS nº 7, de 28 de julho de 2022, procedeu a regulamentação prevista em na supracitada Lei sobre critérios para dispensa da perícia médica administrativa. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA, 2022)

Os elementos de validade do laudo foram dispostos no artigo 3º da portaria, que exige:

- I - nome completo do requerente;
- II - data de emissão do documento médico, a qual não poderá ser superior a 30 (trinta) dias da data de entrada do requerimento;
- III - informações sobre a doença ou CID;
- IV - assinatura do profissional emitente e carimbo de identificação, com registro do Conselho de Classe, que poderão ser eletrônicos ou digitais, desde que respeitados os parâmetros estabelecidos pela legislação vigente;
- e
- V - a data de início do repouso e o prazo estimado necessário;

Em caso de negativa, ou fixação de DCB anterior a apontada pelo atestado médico, o segurado poderá requerer a realização de perícia presencial. A portaria também fixa o prazo de 30 dias para novo requerimento após o indeferimento.

O uso de atestado para fins de reconhecimento da incapacidade já era adotado pela esfera trabalhista, por conta da obrigação do empregador em torno dos primeiros 15 dias de incapacidade, conforme prevê o artigo 75 do Estatuto da Previdência Social (BRASIL, 1999).

E quando a empresa julgasse necessário, e tivesse a seu dispor, poderia encaminhar para junta médica reexame, conforme a súmula 15 do c. TST e a ordem disposta na lei 605 de 1949 (BRASIL, 1949), que estabelecem, respectivamente:

Súmula nº 15 do TST

ATESTADO MÉDICO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
A justificação da ausência do empregado motivada por doença, para a percepção do salário-enfermidade e da remuneração do repouso semanal, deve **observar a ordem preferencial dos atestados médicos estabelecida em lei.** (grifo nosso)

Art. 6º Não será devida a remuneração quando, sem motivo justificado, o empregado não tiver trabalhado durante toda a semana anterior, cumprindo integralmente o seu horário de trabalho.

§ 1º São motivos justificados:

[...]

§ 2º A doença será comprovada mediante atestado de médico da instituição da previdência social a que estiver filiado o empregado, e, na falta deste e sucessivamente, de médico do Serviço Social do Comércio ou da Indústria; de médico da empresa ou por ela designado; de médico a serviço de representação federal, estadual ou municipal incumbido de assuntos de higiene ou de saúde pública; ou não existindo estes, na localidade em que trabalhar, de médico de sua escolha.

O texto legal de 1949 citado anteriormente, ainda continua em vigor e ainda não foi revisado constitucionalmente pelo STF – nem atualizado gramaticalmente, vide o uso de acento circunflexo suprimido pela reforma ortográfica de 1971.

No novo contexto constitucional previdenciário, no qual a proteção social contra adversidade é fundamento republicano (SAVARIS; ROCHA; 2014: p. 107), bem como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) e o dever da República em promover o bem de todos, sem discriminação (art. 3º, IV, da Constituição Federal), o olhar para o segurado e seu médico particular deve se modificar.

O objetivo da seguridade social está no serviço ao segurado, ou seja, objetivando a concessão, e não o indeferimento do benefício.

Deste modo, na análise dos atestados, a Administração Pública não deve caçar motivos de indeferimento, mas atuar em postura colaborativa, pautada na boa fé objetiva, com o próprio segurado para concessão do benefício.

Nesse cenário ideal, quando o atestado vier com alguma irregularidade comum (como não especificação da CID, má caligrafia do médico, falta de previsão da DII e da DCB, entre outros erros habituais), deverá a Instituição abrir exigência para que o segurado possa corrigir a situação, atentando-se as especificidades do segurado que podem impedir o fácil acesso digital, como a baixa escolaridade e idade avançada.

Somente em casos de maior complexidade ou dificuldade do segurado em provar a incapacidade temporária pelos meios digitais, é que o segurado deve ser convocado para receber auxílio do perito. Este não somente deve examinar o segurado, mas orientá-lo sobre como provar sua queixa e orientar também sobre outros serviços da Seguridade Social, como tratamento de saúde e assistência social.

Portanto, no atual cenário legal, o uso de atestados, pela Lei nº 14.441 de 2022 e da portaria conjunta MPT/INSS nº 7, de 2022, é um passo importante para agilizar o processo burocrático e combater o estigma do segurado, e do seu médico particular, como inimigos da previdência social.

Porém, enquanto mantido o cenário ideológico de segurado como inimigo e médico particular com o suspeito, o uso de atestado médico não atinge plenamente os objetivos constitucionais de proteção da Previdência Social.

8 CONCLUSÃO

O desenvolvimento histórico da previdência social brasileira se alternou entre avanços e posteriores entraves ao segurado. Com os benefícios por incapacidade e as formas de análise da incapacidade não foi diferente.

Gradualmente, a estrutura burocrática da previdência social, projetada para assegurar os direitos constitucionais, tornou-se uma máquina da Administração Pública contra o segurado e, conseqüentemente, contra o próprio texto constitucional, no conflito previdenciário.

A imposição de obstáculos exagerados à fruição de benefício pelo segurado, é uma forma da União se livrar da sua parcela de contribuição, prevista pelo modelo de financiamento tripartite⁷, existente já no texto constitucional da Ditadura do Estado Novo (BRASIL, 1934):

⁷ Sobre o sistema tripartite de financiamento da previdência social, Pedro Victor Chagas Ferreira (2018) explica que: “A previdência social é custeada pelas contribuições sociais dos trabalhadores ou segurados, dos empregadores e ainda por recursos advindos da União, que são realizados na mesma proporção das contribuições anteriores. A essa distribuição contributiva dá-se o nome de forma tripartite.”

E sobre o fato gerador tributário dessas obrigações, o autor leciona que “para o empregador, será a folha de salários e os rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício, e, para o trabalhador e demais segurados da previdência social a remuneração percebida pelo trabalho realizado.”

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, **mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado**, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de Morte (grifo nosso)

E, quando concedidos, as mudanças legislativas recentes militam para diminuir o valor dos benefícios. Como o caso das aposentadorias por invalidez que, em 2019, se tornaram financeiramente menos vantajosas que o auxílio-doença visto que, com a mesma lógica dos benefícios programados, tiveram o cálculo fixado em 60% do salário benefício mais 2% a cada ano que ultrapassar 20 anos de contribuição. (BRASIL, 2019).

Quando judicializado, o conflito em torno dos benefícios por incapacidade se dá, principalmente, em torno do requisito mais abstrato, ou seja, da constatação de incapacidade.

Embora o legislador tenha bem delimitado o aspecto jurídico e bem definido o aspecto social do benefício por incapacidade, não o pode fazer em relação ao aspecto médico, ou seja, sobre a comprovação da própria incapacidade.

E, com o advento da pandemia de COVID-19, o INSS foi obrigado a agilizar o processo digital para análise de incapacidade e a justiça em realizar provas técnicas simplificadas.

Primeiramente, o posicionamento da autarquia foi no sentido de atribuir suspeita aos atestados médicos privados, concedendo, somente, o adiantamento de uma parte do valor do benefício e deixando o restante para ser pago após análise presencial pelo perito da autarquia.

Já o posicionamento da Justiça foi pela prova técnica simplificada, que pressupõe uma simplicidade inexistente, é problemático visto que há possibilidade infinita de motivos de incapacidade, com o surgimento de novas doenças ainda não listadas pela medicina.

Dessa forma, a análise médica exclusivamente documental diminuiu a possibilidade do autor em comprovar sua incapacidade no processo judicial.

Após o avanço da vacinação, a Lei 14.441 incorporou a concessão de benefício por incapacidade temporária mediante atestado médico, embora ainda mantenha a necessidade de perícia presencial para prorrogação além de 90 dias.

Esse foi um passo significativo para modificar a concepção de segurado como inimigo e diminuir a suspeita em relação ao médico particular.

No entanto, falta muito para que as relações previdenciárias em torno dos benefícios por incapacidade se pautem na presunção da boa-fé e no princípio do *“in dubio pro misero”*.

Alcançando esse cenário, a figura do perito médico seria restrita, atuando somente em casos de fundada suspeita de fraude, como uma espécie de “auditor previdenciário”, ou de difícil comprovação da incapacidade, numa postura colaborativa com o segurado.

Por fim, faz-se necessário também remover o caráter absoluto da perícia, que hoje define a concessão ou não do benefício, devendo ser relativizada diante da supremacia dos princípios constitucionais, dos objetivos e das normas legais da previdência social brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE. **Judicialização contra o INSS**. 2019. Disponível em:

http://ajufe.org.br/images/pdf/AJUFE__Arrazoado_Tcnico__Judicializacao_INSS_.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Cria a Carreira de Perícia Médica da Previdência social, dispõe sobre a remuneração da carreira de Supervisor Médico- Pericial do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS e dá outras providências**,

Brasília/DF, jun. de 2004. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.876.htm. Acesso em: 31 março 2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2022 março 31.

_____. Súmula 47, Tribunal Nacional de Uniformização. **Conselho da Justiça Federal - CJF**, 2012. Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=47>. Acesso em: 10 janeiro 2022.

_____. Tribunal Regional Federal (3. Região). Portaria Conjunta nº 1/2020 - PRESI/GABPRES. **TRF3,jus.br**, 2020. Disponível em:

https://www.trf3.jus.br/documentos/acom/banner/SEI_TRF3_-_5601919_-_Portaria_Conjunta.pdf. Acesso em: 15 julho 2022.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). Resolução nº 18/2020. **TRF4.jus.br**, 2020. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2020/apg_sei_trf4---5079544resolucao.pdf. Acesso em: 15 julho 2022.

_____. Lei 10.259, de 12 de julh. de 2001. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Crimiansi no âmbito da Justiça Federal**, Planalto.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10259.htm. Acesso em: 25 janeiro 2022.

_____. Lei 12. 842, de 10 de julh. de 2013. **Dispõe sobre o exercício da**

medicina., Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112842.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.842%2C%20DE%2010%20DE%20JULHO%20DE%202013.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20exerc%C3%ADcio%20da,regido%20pelas%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20desta%20Lei. Acesso em: 01 maio 2022.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Dispõe sobre o Código de Processo**

Civil, Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 30 dezembro 2021.

_____. Lei 8.213, de 24 de julh. de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios de Previdência Social e dá outras providências**, Planalto. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.213%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201991&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Planos%20de,Social%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 30 dezembro 2021.

_____. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**, Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais%20C%C3%ADveis%20e%20Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 01 fevereiro 2022.

CNJ. Resolução nº 313, de 19 de março de 2020. **Conjur**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-313-19-marco-2020-cnj-cnj.pdf>. Acesso em: 25 jan 2022.

DONIZETTI, E. **A corte dos homens pobres e a principiologia do CPC/2015: o que serve ou não aos juizados especiais?** Salvador: JusPodivm, v. 7, 2015. p. 83-100.

EPIPHANO, E.; XAVIER, J. R. D. P. **Perícias Médicas - Teoria e Prática**. 1. ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2009.

FERREIRA, P. V. C. Custeio e estrutura da previdência social. **Revista Jus Navigandi**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68447/custeio-e-estrutura-da-previdencia-social>. Acesso em: 24 novembro 2022.

FRANÇA, G. D. A. E. **O processo judicial decisório e as políticas públicas de saúde a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. São Paulo: Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

FRANÇA, V. D. R. Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília/DF, p. 1-29, abr./jun. 2014.

HAUSER, D. Teoria dos princípios: (para uma aplicação dos princípios constitucionais da Administração Pública). **Revista Jus Navigandi**, 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/317/teoria-dos-principios>. Acesso em: 01 novembro 2022.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 381 ao 484**. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2016.

MESTRINER, M. L. **O Estado entre a Filantropia e a Assistência Social**. São Paulo: Editora Cortez, 2001.

OPITZ JR, J. B.; OPIZ NETO, J. B.; BEPU JUNIOR, P. **Perícia Médica no Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p. 13.

PAIVA, C. T. Além da incapacidade: diferenças entre concessões administrativa e

judicial e medidas para evitar que benefícios se mantenham indevidamente. **Revista Jus Navigandi**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34186/alem-da-incapacidade>. Acesso em: 15 julho 2022.

ROCHA, D. M. D.; SAVARIS, J. A. **Curso de Direito Previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação do Direito Previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2014. p. 107.

SAVARIS, J. A. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para a superação da prática utilitarista**. São Paulo: Conceito, 2011.

_____. **Curso sobre perícia judicial previdenciária**. 2. ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

_____. **Direito Processual Previdenciário**. 9. ed. Curitiba: Alteridade, 2021.

SERAU JUNIOR, M. A. **Curso de Processo Judicial Previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

_____. **Operação Pente-Fino e Minirreforma Previdenciária**. 1. ed. Porto Alegre: Paixão, 2019.

_____. Lei 14.441 - Alterações nos benefícios por incapacidade e ampliação do pente fino. **Migalhas**, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/373351/alteracoes-nos-beneficios-por-incapacidade-e-ampliacao-do-pente-fino>. Acesso em: 15 julho 2022.

SILVA, A. A. C. B. A Lei Eloy-Chaves no contexto da primeira república: a refração entre a cooptação e a expansão dos canais sociais. **Universidade Federal de Viçosa**, Viçosa/MG, 2019.

SILVA, V. A. D. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, p. 607-630, 2003.

SOCIAL, S. D. P. D. P. Boletim Estatístico da Previdência Social. **Ministério da Economia**, 2021. Disponível em: chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/dados-abertos-previdencia/previdencia-social-regime-geral-inss/arquivos/beps112021_final.pdf. Acesso em: 24 julho 2022.

TAVARES, M. L. **Previdência e Assistência Social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

_____. **Direito Previdenciário: regime de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

VIANA, M. L. T. W. **A Americanização (Perversa) da Seguridade Social no Brasil:**

Estratégias de Bem-Estar e Políticas Públicas. São Paulo: Renan, 1998.

ZACHARIAS, R.; HAIK, C.; JUNIOR, R. M. Sobre a solução *pro misero* nos processos judiciais de seguridade social. **Cadernos de Direito Actual**, p. 157-179, 2022.