

Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**“O SISTEMA DE ALTA PROGRAMADA
NO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA NO BRASIL”**

LAFAIETE REIS FRANCO

ARACAJU - SERGIPE

2010

LAFAIETE REIS FRANCO

**“O SISTEMA DE ALTA PROGRAMADA
NO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA NO BRASIL”**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* Televirtual em Direito Previdenciário, na modalidade Formação para o Magistério Superior, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Previdenciário.

**Universidade Anhanguera-UNIDERP
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

Orientador: Prof. Renato de Almeida Vargas Paixão.

ARACAJU - SERGIPE

2010

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-UNIDERP, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e ideias expressas na presente monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Aracaju, 25 de junho de 2010.

LAFAIETE REIS FRANCO

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da existência; aos meus pais por tudo que tenho e sou; e à minha amada Daniela por compartilhar o seu amor e a sua vida comigo.

“Se você é capaz de tremer de indignação a cada vez que se comete uma injustiça no mundo, então somos companheiros”.
{Che Guevara}

RESUMO

O presente trabalho aborda os aspectos mais importantes do benefício previdenciário de auxílio-doença, principalmente quanto à ilegalidade do sistema instituído pelo INSS, por meio do decreto n. 5.844/06, e denominado de alta programada ou data de cessação do benefício. Segundo esse sistema, no momento da concessão do benefício de auxílio-doença, o INSS fixa de pronto a data de sua cessação, independentemente da realização de nova perícia para verificar se o segurado ainda permanece incapaz. São tecidas considerações acerca da tripartição dos poderes ou funções estatais e a sua relação com o poder regulamentar, especificando-se as limitações deste último, de forma a resguardar o equilíbrio do governo. Atesta-se a impossibilidade de um decreto regulamentar contrariar as disposições da lei que lhe serve de fundamento de validade, razão pela qual o sistema de alta programada, ao refutar as determinações dos artigos 60, *caput*, e 62 da lei n. 8.213/91 – que exigem a comprovação do término da incapacidade para que o benefício seja cessado –, não se compatibiliza com o disposto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, ilegal.

Palavras-chave: Auxílio-doença. Ilegalidade. Alta Programada. Tripartição dos Poderes. Poder Regulamentar.

ABSTRACT

The present work deals with the most important aspects of security benefit health insurance, especially regarding the illegality of the system established by the NISI through the decree n. 5.844/06, and called highly programmed or date of termination of benefit. According to this system, at the time of health insurance granting, the NISI immediately fix a date for its termination, irrespective of the implementation of new expertise to verify if the insured is still unable. Are some considerations about the tripartite division of powers or functions and their relationship with state regulatory power, specifying the limitations of this regulatory power, in order to safeguard the balance of government. Attests to the impossibility of a decree contrary to the provisions of law that forms the basis of validity, this being the reason for the high system programmed to rebut the determination of article 60, *caput*, and 62 of law n. 8.213/91 – that requires proof of termination of disability for which the benefit is terminated – not reconcile with the provisions of article 84, item IV, of the Federal Constitution of 1988 and, therefore, illegal.

Keywords: Health Insurance. Illegality. Highly Programmed. Power's Tripartition. Regulatory Power.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

AG – Agravo de instrumento.

AMS – Apelação em mandado de segurança.

APS – Agência da Previdência Social.

COPES – Cobertura previdenciária estimada.

DCB – Data de cessaao do benefício.

DIRBEN – Diretoria de benefícios.

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.

MPAS/MS – Ministério da Previdência e Assistência Social/Ministério da Saúde.

TRF – Tribunal Regional Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. O BENEFÍCIO DO AUXÍLIO-DOENÇA NA LEI 8.213/91	11
1.1 Aspecto constitucional e legal	11
1.2 Requisitos para a concessão do auxílio-doença	13
1.2.1 Da qualidade de segurado	13
1.2.2 Da carência	15
1.2.3 Da incapacidade	16
1.3 Outros aspectos	20
1.4 A instituição da alta programada	21
2. OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR	24
2.1 Introdução	24
2.2 A tripartição dos poderes e a competência regulamentar	24
2.3 O poder regulamentar na Constituição Federal de 1988	28
3. A ILEGALIDADE DO SISTEMA DA ALTA PROGRAMADA	36
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

Um dos benefícios previdenciários mais importantes previsto por nosso ordenamento jurídico é o auxílio-doença, que tem por finalidade possibilitar a recuperação do segurado que se encontra temporariamente incapaz para exercer as suas atividades habituais.

Diante de um contexto histórico em que o homem tem cada vez mais que despende seu tempo para trabalhar e as relações sociais tornam-se cada vez mais dinâmicas, o decorrente estresse tem propiciado o crescimento do número de trabalhadores enfermos, o que denota a importância do auxílio-doença não apenas para resguardar o segurado, individualmente, mas sobretudo para resguardar a própria sociedade.

Decerto, sendo a economia nacional regida precipuamente pela força de trabalho da população, não assegurar a completa e adequada recuperação do enfermo, afigura-se contraproducente, uma vez que os reflexos econômicos seriam sentidos de forma cabal, ocasionando problemas sociais à coletividade. Eis o mote da Previdência Social: a proteção imediata do indivíduo para proteger, de forma mediata, a sociedade.

Até meados de 2005, o benefício do auxílio-doença apenas era cessado – caso o trabalhador não mais estivesse incapaz – através da pertinente e ulterior perícia médica efetuada pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

Com o advento da alta programada, de forma mais evidente, por meio do decreto n. 5.844 de 13 de julho de 2006, alterou-se essa lógica, permitindo-se que o médico perito do ente previdenciário pudesse, já na concessão do benefício, fixar a

data em que o mesmo será cessado, independentemente da existência de nova avaliação do estado de saúde do segurado. Referido sistema decorreu de uma série de instruções normativas do INSS, resultando na edição do decreto supramencionado.

Nesse contexto, dada a importância do benefício, em razão tanto da grande quantidade de concessões no cenário atual e tendo em vista o interesse por ele protegido, é importante questionar se o aludido procedimento está de acordo com a competência regulamentar prevista no artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988.

Buscou-se, notadamente através da pesquisa bibliográfica e do método dialético, colher a essência do poder regulamentar, analisando-se o princípio da separação dos poderes ou funções estatais, enquanto instrumento de busca do equilíbrio dos sistemas de governo, de forma a rechaçar o Absolutismo.

O estabelecimento de um elo entre os limites do poder regulamentar e a criação da alta programada, permitiu a averiguação da compatibilidade desse sistema com o ordenamento jurídico atual.

Inicialmente, traçou-se os contornos gerais do benefício de auxílio-doença, fixando-se a sua sistemática legal e constitucional, bem como os requisitos para a sua concessão. Foram indicados os parâmetros normativos que possibilitaram a criação do sistema de alta programada, previsto no artigo 78 do decreto n. 3.048/99, vigente até os dias atuais [Capítulo 1].

Passou-se à análise da tripartição dos poderes, diante do sistema de freios e contrapesos que delimita as funções regulamentares do Poder Executivo, de forma a averiguar até que ponto essa função pode criar novas obrigações no ordenamento jurídico e se, principalmente, pode rechaçar a lei de onde retira o seu fundamento de validade [Capítulo 2].

Posteriormente, passou-se a analisar a real compatibilidade do sistema da alta programada com o disposto nos artigos 60 e 62 da lei de benefícios¹ e, conseqüentemente, às determinações previstas no artigo 84, IV, da Constituição Federal, ou seja, se o aludido sistema pode ser considerado legal [Capítulo 3].

1 Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991.

1. O BENEFÍCIO DO AUXÍLIO-DOENÇA NA LEI 8.213/91.

1.1. Aspecto constitucional e legal.

Como decorrência da vida em sociedade, o ser humano criou mecanismos para minorar as consequências dos eventos que afligem a sua vida cotidiana, tais como a morte, a velhice, a maternidade e a invalidez.

Não de outro modo, os sistemas de Previdência e Assistência Social modernos estipulam, via de regra, a proteção a aludidos eventos sociais, permitindo que o indivíduo ou mesmo seus dependentes possam contar com algum tipo de auxílio pecuniário, de modo a resguardar a sua própria sobrevivência.

Nesse contexto, a Constituição Federal Brasileira (1988), em seu artigo 201, determinou (grifo nosso):

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Dando eficácia ao texto constitucional a lei n. 8.213/91 – que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social –, em seu artigo 59, previu o benefício previdenciário de auxílio-doença, destinado a resguardar aquele segurado que ficar

temporariamente incapacitado para o exercício de seu trabalho ou de sua atividade habitual, presumindo que o mesmo não terá condições de prover o seu próprio sustento.

Discorrendo a respeito do auxílio-doença, Miguel Horvath Júnior (2005, p. 222) asseverou:

Não se protege propriamente o segurado contra a doença, mas protege-se a capacidade laboral que é afetada em virtude da instalação de uma doença. A doença pode ser entendida dentro de várias concepções a saber: biológica (causas mórbidas); ordem clínica (toda disfunção da qual permanece a causa inicial); anatômica (alteração estrutural acompanhado ou não de disfunção) e sob a ótica da Previdência Social é o fato que faz cessar a capacidade laboral provocando a necessidade de assistência médica ou farmacêutica.

Embora o benefício seja denominado de auxílio-doença, a sua concessão não está adstrita à circunstância de o segurado necessariamente ficar doente, mas no fato de ele restar incapaz, de forma temporária, para exercer o seu labor habitual, podendo tal incapacidade decorrer de uma enfermidade ou mesmo de um acidente (seja ele de qualquer natureza ou em decorrência do exercício do próprio trabalho).

Nesse sentido, Cristiane Miziara Mussi (2005) atesta:

Risco social é, via de regra, o evento futuro e incerto que, ocorrendo, acarreta não só danos ao segurado, como também a toda sociedade (justamente por isso é chamado "social"). Trata-se de um evento que traz certo dano/necessidade ao segurado e, em alguns momentos, apenas necessidade (como ocorre com o salário-maternidade, em que não se verifica o dano, mas tão-somente a necessidade). Desta forma, o que importa é a necessidade do segurado que, durante a incapacidade, não terá condições de trabalhar e prover seu sustento e de sua família.

Em se tratando de auxílio-doença, o risco social protegido é o risco incapacidade laborativa temporária (incapacidade total ou parcial). Se não houvesse proteção a este risco, o trabalhador ficaria à margem da sociedade, sem qualquer amparo. Pensando nisso, a Previdência Social ampara o trabalhador, garantindo, ao mesmo, proteção quando diante do risco social. No caso em questão, a necessidade de amparo surge a partir de uma incapacidade laborativa temporária.

Outrossim, o aludido benefício, além de proteger o segurado contra o infortúnio da impossibilidade temporária de exercer o seu labor, tem por desiderato resguardar a força social de trabalho, permitindo o desenvolvimento da atividade econômica e conseqüentemente da própria sociedade. Por essa razão, a

Previdência é “Social” porque ao proteger o indivíduo busca a própria proteção da coletividade.

1.2. Requisitos para a concessão do auxílio-doença.

Como requisitos gerais para a percepção do auxílio-doença se faz necessária a condição de segurado, o preenchimento de uma carência de 12 meses de contribuição, além da existência da incapacidade temporária para o labor ou atividade habitual.

1.2.1. Da qualidade de segurado.

Diferentemente da assistência social que se destina a amparar todos aqueles que se encontram em situação de necessidade, a previdência social baseia-se, essencialmente, no caráter contributivo – como determina o artigo 201 da Constituição Federal de 1988 –, devendo o beneficiário, em regra, verter contribuições para ter acesso aos benefícios previstos pela lei n. 8.213/91. Deve o beneficiário, portanto, ostentar a qualidade de segurado.

Definindo o conceito do segurado, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazarri (2008, p. 167) afirmam:

É segurado da Previdência Social, nos termos do art. 9º e seus parágrafos do Decreto 3.048/00, de forma compulsória, a pessoa física que exerce atividade remunerada, efetiva ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo de emprego, a título precário ou não, bem como aquele que a lei define como tal, observadas, quando for o caso, as exceções previstas no texto legal, ou exerceu alguma atividade das mencionadas acima, no período anterior ao chamado 'período de graça'. Também é segurado aquele que se filia facultativa e espontaneamente à Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações sem estar vinculado obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS – ou a outro regime previdenciário qualquer.

Em relação aos dependentes do segurado, conquanto não contribuam diretamente para o sistema, infere-se que estão subordinados à relação mantida entre a Previdência Social e o aludido segurado, razão pela qual também têm acesso a determinados benefícios previdenciários, não havendo que se falar em desvirtuação do sistema contributivo, uma vez que concorrem para manter a Previdência ao menos de forma indireta.

Importante mencionar que, em determinadas situações – como aduzido pelos autores acima –, o segurado mantém tal qualidade independentemente de estar contribuindo para o sistema, o que se denomina na doutrina como período de graça.

Tais situações estão previstas no artigo 15 da lei n. 8.213/91:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desse modo, a pessoa que ostenta a qualidade de segurado tem o direito de usufruir dos benefícios e serviços oferecidos pela Previdência Social, inclusive o auxílio-doença.

1.2.2. Da carência.

Deve o segurado, para ter acesso ao benefício de auxílio-doença, preencher uma carência de 12 contribuições mensais, conforme determinação do artigo 25, I, da lei n. 8.213/91.

De acordo com a definição do próprio artigo 24 da lei de benefícios²: "período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário tenha direito ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências."

Discorrendo sobre a necessidade da existência da carência, Russomano (1977) *apud* Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior (2003, p.102), aduz:

Esse requisito não decorre do espírito da Previdência Social, ou seja, de suas finalidades mais nobres e altas. É sim, o resultado de uma necessidade prática, que obriga o legislador a vincular a concessão do benefício ou a prestação do serviço a determinado número de contribuições pagas pelo segurado e pelo empregador, pois destas contribuições advêm os recursos econômicos para a manutenção do sistema em pleno funcionamento.

Casos há, no entanto, em que referida carência não precisa ser cumprida pelo segurado para que obtenha o benefício de auxílio-doença, como nas hipóteses de ele sofrer acidente de qualquer natureza ou causa, de doença profissional ou do trabalho, bem como quando for acometido por enfermidades de maior gravidade, de acordo com lista elaborada em conjunto pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério da Previdência Social.

Atualmente a portaria interministerial do MPAS/MS n. 2.998/01 traz as doenças e afecções que excluem a exigência da carência para a concessão do auxílio-doença, dentre elas a neoplasia maligna, a síndrome da deficiência imunológica adquirida, a alienação mental e a hepatopatia grave.

Decerto, tendo a Previdência o escopo maior de minorar as consequências dos riscos sociais, não seria cabível exigir a carência em virtude da

2 Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991.

ocorrência de um acidente, de uma doença ocupacional ou mesmo de uma enfermidade de maior gravidade, dando-se prevalência, nesses casos, ao princípio da solidariedade do que ao aspecto meramente contributivo baseado na aludida carência.

1.2.3. Da incapacidade.

Além da qualidade de segurado e do preenchimento da carência, ressalvadas as hipóteses em que a mesma resta dispensada, afigura-se necessário, para a concessão do auxílio-doença do segurado empregado, a existência de uma incapacidade para o labor ou atividade habitual por mais de 15 dias.

Esse período inicial de 15 dias é denominado de “período de espera”, consoante Miguel Horvath (2005, p. 203), servindo para apurar se a incapacidade do segurado é de tal monta que venha a realmente necessitar da proteção previdenciária.

Explicando a exigência do período de espera, Michel Cutait Neto (2009, pp. 148-149) assevera:

Por que a lei estabeleceu esse interregno formal de 15 dias?

Os dados estatísticos sobre a situação da incapacidade que importa no afastamento do trabalho irrompem definitivamente para responder a essa pergunta, porque, a partir dos dados estatísticos e segundo uma série de variantes, funções e informações colhidas pela previdência social, podem demonstrar, como de fato demonstram, que parte significativa dos eventos causadores de incapacidade são resolvidos durante o período de 15 dias.

[...]

Bem verdade que mantém algum propósito esta justificativa, porque, de outro modo, se para cada situação de incapacidade ocorrida nas relações de trabalho o Sistema de Seguridade Social, pela previdência social tivesse de atuar e conferir seus instrumentos protetivos aos segurados, como é o auxílio-doença, ficariam comprometidas a efetividade, a eficácia e a adequada proteção de todos, pois o interregno de 15 dias é tempo suficiente (em muitos casos) para que o segurado empregado se recupere da doença ou da lesão que o afastou do trabalho.

As Informações Estatísticas Relativas à Segurança e Saúde Ocupacional (2010), constantes no sítio do Ministério da Previdência Social, de certa forma,

confirmam os fundamentos apresentados por Michel Cutait Neto, ao indicar que mais da metade dos afastamentos por acidentes e doenças do trabalho, no ano de 2007, foram inferiores ao período de 15 dias:

Em 2007 foram registrados 653.090 acidentes e doenças do trabalho, entre os trabalhadores assegurados da Previdência Social. Observem que este número, que já é alarmante, não inclui os trabalhadores autônomos (contribuintes individuais) e as empregadas domésticas. Estes eventos provocam enorme impacto social, econômico e sobre a saúde pública no Brasil. Entre esses registros contabilizou-se 20.786 doenças relacionadas ao trabalho, e parte destes acidentes e doenças tiveram como consequência o afastamento das atividades de 580.592 trabalhadores devido à incapacidade temporária (298.896 até 15 dias e 281.696 com tempo de afastamento superior a 15 dias), 8.504 trabalhadores por incapacidade permanente, e o óbito de 2.804 cidadãos.

Discute-se, ainda, na doutrina, se a preexistência da enfermidade à época da filiação do segurado afastaria a possibilidade de concessão do auxílio-doença.

Consoante dispõe o parágrafo único do artigo 59 da lei n. 8.213/91:

Art. 59 [...] Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Como dito alhures, não é a doença em si que desencadeia a necessidade de concessão do auxílio-doença, mas sim a incapacidade provocada por tal enfermidade, de forma que a força de trabalho do segurado reste temporariamente degradada.

Assim, o fato de a enfermidade simplesmente existir antes do ingresso na Previdência Social não deveria conduzir, necessariamente, à denegação do benefício de auxílio-doença.

Podem ser destacados dois objetivos principais do auxílio-doença: o primeiro o de possibilitar que o segurado possa auferir remuneração quando afastado de suas atividades laborativas – evitando-se que o mesmo seja marginalizado quando em situação de fragilidade –, e o segundo o de possibilitar que a força de trabalho do segurado possa ser recuperada, permitindo-se que ele

volte a prover seu próprio sustento, de forma a garantir a pujança da atividade econômica.

Nesse contexto, busca-se, essencialmente, através do auxílio-doença asseverar a subsistência da força de trabalho, rechaçando-se não a doença em si, mas sobretudo os seus conseqüências, mormente a incapacidade por ela ocasionada.

Dispondo a esse respeito Tárzis Nametala Sarlo Jorge (2006, p. 283) assevera:

O risco social protegido é a perda ou diminuição abrupta da força de trabalho do segurado, havendo possibilidade de recuperação, ou seja, incapacidade temporária. Seu evento determinante, portanto, é a ocorrência da incapacidade referida.

Não fosse assim, o artigo 59 da lei de benefícios³ simplesmente determinaria que a doença preexistente sob hipótese alguma resultaria na concessão do auxílio-doença. Há que se diferenciar, portanto, a data de início da doença da data de início da incapacidade.

Nesse passo, Tárzis Nametala Sarlo Jorge (2006, p. 286), citando Cláudia Salles Vilela Viana, aduz:

Note-se, portanto, que o que importa ao legislador não é propriamente ser a doença preexistente à filiação ao RGPS, mas sim a incapacidade para o exercício de atividade habitual, o que será analisado por perícia médica a ser analisada pelo INSS. Assim, uma pessoa que possua vírus HIV pode, perfeitamente, se filiar, trabalhar e contribuir mensalmente ao RGPS. E quando do agravamento da enfermidade, ou seja, quando da incapacidade temporária para o trabalho, terá direito ao recebimento do benefício de auxílio-doença. No entanto uma pessoa igualmente portadora do vírus HIV, mas que já se encontre incapacitada, e que venha a iniciar suas contribuições ao sistema previdenciário, não terá direito à percepção desse benefício, justamente por ser a incapacidade preexistente à filiação como segurado.

E em sentido idêntico, Cristiane Miziara Mussi (2005) afirma:

Há que se ressaltar, no entanto, que a doença do segurado cujo agravamento é progressivo, mas que não o impossibilite para a atividade laborativa, não pode ser obstáculo à filiação ao Regime Geral de Previdência Social. O que importa é a situação do segurado no momento da filiação ao sistema. Caso o indivíduo estivesse apto ao exercício da atividade no momento da filiação, ainda que portador de doença, terá direito

3 Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991.

ao recebimento do benefício. O que o sistema não aceita é a possibilidade do indivíduo já com a saúde debilitada, filiar-se propositalmente no sistema.

Discute-se, ainda, se a incapacidade necessária à concessão do auxílio-doença deve ser total ou parcial, uma vez que a lei n. 8.213/91 não dispõe de forma expressa a esse respeito.

Nesse ponto cabe a transcrição do artigo 59, *caput*, da lei n. 8.213/91:

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

Conforme se pode aferir do aludido dispositivo, exige-se que a incapacidade reporte-se ao “trabalho ou atividade habitual do segurado”, ou seja, em relação ao labor ordinário prestado pelo mesmo. Assim, só resta concluir que a lei reclama apenas que aludida incapacidade seja parcial – e não total, para todo e qualquer trabalho –, até porque não teria o segurado doente, em tempo exíguo, como obter requalificação profissional até que pudesse voltar à sua antiga atividade.

A Advocacia Geral da União, órgão que representa judicial e extrajudicialmente a União, suas fundações públicas e autarquias, tais como o Instituto Nacional do Seguro Social, editou súmula administrativa (2008) a esse respeito:

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

Assim, não restam dúvidas quanto à possibilidade de concessão do auxílio-doença, quer a incapacidade temporária seja total, quer seja parcial, diferentemente do que ocorre no caso da aposentadoria por invalidez em que a inaptidão há de ser total e definitiva⁴.

4 No sentido de que não há probabilidade de recuperação.

1.3. Outros aspectos.

Dispõe o artigo 60, §1º, da lei n. 8.213/91 que o benefício de auxílio-doença deve ser requerido em até 30 dias do afastamento da atividade, sob pena de, ultrapassado esse prazo, o pagamento ser feito a partir da data do requerimento administrativo.

Discorrendo sobre tal preceito, Michel Cutait Neto (2009, p. 150) afirma:

Essa regra tem, ao que parece, caráter duplo, seja como precaução, seja como punição. Precaução para aproximar o segurado da proteção oferecida pela previdência social. Porque a sociedade tem interesse nessa proteção, como amplamente discutido. E punição porque, de outro modo, a lei, como sói vetusto no Direito, não ampara aquele que 'dorme' no exercício de seus direitos, ou seja, a lei previdenciária não confere efeito retroativo àquele segurado que, por razões injustificadas, não se valeu do seu direito em tempo oportuno, como lhe era possível exigir e exercer.

Como valor do benefício de auxílio-doença, o artigo 61 da lei de benefícios estabeleceu um percentual de 91% sobre o salário-de-benefício, respeitado sempre o patamar do salário mínimo, conforme determina o artigo 201, §1º, da Constituição Federal.

Sustenta Miguel Horvath Júnior (2005, p. 225) que essa redução de 9% tem como pressuposto a presunção de desconto da contribuição previdenciária que caberia ao empregado, nos patamares de 8% a 11%, uma vez que não há o pagamento de contribuições para o sistema quando do recebimento do auxílio-doença.

Conquanto tenha caráter temporário, o auxílio-doença deverá ser mantido enquanto o segurado continuar incapaz para o seu trabalho. Nesse contexto, o aludido benefício cessará na hipótese de recuperação do segurado, quando ele for reabilitado para o exercício de outra atividade ou quando ele for considerado incapaz de forma total e definitiva, havendo, nesse caso, a concessão da aposentadoria por invalidez.

Consoante determina o artigo 102 da lei n. 8.213/91:

Art. 102, O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

Assim, deve o segurado submeter-se às perícias do INSS de forma a comprovar que ainda permanece incapaz, para ter direito à manutenção do pagamento do benefício de auxílio-doença.

1.4. A instituição da alta programada.

Como dito acima, o auxílio-doença destina-se a resguardar aquele segurado que ficar incapacitado para o exercício de seu trabalho ou de sua atividade habitual, presumindo que o mesmo não terá condições de prover o seu próprio sustento.

Nesse sentido, em regra, o benefício deve perdurar até o momento em que o segurado vier a recuperar a sua capacidade, realizando-se perícias periódicas de forma a apurar o atual estado de saúde do beneficiário. Esse era o procedimento realizado pelo INSS até o advento da orientação interna n. 130⁵, em 13 de outubro de 2005, posteriormente substituída pela orientação interna 138 INSS/DIRBEN, de 05 de maio de 2006⁶, que dispôs (grifo nosso):

O DIRETOR DE BENEFÍCIOS DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, no uso da competência que lhe confere os incisos II e VI do artigo 11 do Anexo da Estrutura Regimental do INSS, aprovada pelo Decreto nº 5.513, de 16 de agosto de 2005, Considerando a necessidade de uniformizar as atividades da área de Perícia Médica, no que se refere às conclusões médico-periciais, RESOLVE:

5 Não disponível. Alguns sustentam que a Data de Cessação do benefício teria sido instituída por meio da Orientação Interna Conjunta n. 1 DIRBEN/PFE, de 13 de setembro de 2005, a exemplo de Wagner Balera, em "Quem foi o gênio que estimou tempo de cura para doenças?". Consultor Jurídico. São Paulo, 08 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-08/quem_foi_genio_estimou_tempo_cura_doencas>. Acesso em 14.11.2009.

6 Disponível em: <<http://www.ronichira.t5.com.br/galeria/cerest/doc/Norma%20Interna%20138.doc>>

Art. 1º Os tipos de Conclusões Médico-periciais, nos casos de benefícios por incapacidade, resultarão das respostas aos quesitos existentes no Laudo Médico-Pericial, nas seguintes formas:

I - Tipo 1 – Contrária.

II - Tipo 2 – Data da Cessação do Benefício-DCB.

III - Tipo 4 – Data da Comprovação da Incapacidade-DCI. [...]

§ 2º A conclusão será do Tipo 2 (DCB) nos casos de:

I – INCAPACIDADE LABORATIVA CESSADA

a) o parecer médico pericial deverá ser subsidiado por documentação médica (atestados, relatórios, comprovantes de internação hospitalar, exames complementares, etc.);

b) a DCB deverá ser fixada em data anterior ou na Data da Realização do Exame-DRE, conforme o caso;

c) observada a forma de filiação do segurado ao Regime Geral de Previdência Social-RGPS e constatada a existência de seqüela definitiva, enquadrada no Anexo III do Decreto nº 3.048/99, poderá ser indicada a concessão de auxílio-acidente;

II - EXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA

a) observadas as características clínicas de cada patologia, o Perito Médico fixará o prazo para a manutenção do benefício, justificando-o tecnicamente;

b) a sugestão de limite superior a um ano está sujeita a homologação pelo Serviço/Seção de Gerenciamento de Benefícios por Incapacidade-GBENIN;

c) será garantida a avaliação pericial ao segurado que, no limite fixado pelo Perito Médico, considerar-se ainda incapacitado para o trabalho, bastando para tal a sua manifestação por meio do Pedido de Prorrogação-PP;

III – INCAPACIDADE LABORATIVA CESSADA COM RETORNO VOLUNTÁRIO AO TRABALHO

a) nos casos de retorno antecipado ao trabalho, a cessação do benefício será estabelecida pelo Perito Médico do INSS, pela análise da documentação apresentada pelo segurado;

b) o benefício será cessado no dia imediatamente anterior à data do retorno ao trabalho, informada no documento apresentado. [...]

Art. 3º Poderá ser interposto Pedido de Prorrogação sempre que for reconhecida a existência de incapacidade laborativa e que a Data de Cessação do Benefício-DCB for maior que a Data da Realização do Exame-DRE que a fixou.

Art. 4º As conclusões do Pedido de Prorrogação-PP obedecerão aos mesmos critérios estabelecidos no art. 1º desta Orientação Interna.

Art. 5º O prazo para apresentação do PP é a partir de quinze dias até a DCB.

Parágrafo único. O Pedido de Prorrogação será apreciado por meio de novo exame médico-pericial, que poderá ser realizado pelo mesmo profissional responsável pela avaliação anterior. [...]

Art. 13. Este Ato revoga a Orientação Interna nº 130 INSS/DIRBEN, de 13 de outubro de 2005 e a Orientação Interna nº 125 INSS/DIRBEN, de 29 de setembro de 2005 e tem caráter restrito, destinando-se a disciplinar procedimentos operacionais, sendo a sua publicação exclusiva em Boletim de Serviço-BS.

Conforme se vê, o INSS, em contraposição ao sistema anterior, adotou a data de cessação de benefício ou alta programada para gerir as conclusões médico-

periciais relativas aos benefícios de auxílio-doença, através de simples orientação interna, de uso restrito da própria entidade.

Posteriormente, em 13 de julho de 2006, foi expedido o decreto n. 5.844/2006 (o qual continua vigente até a presente data) que, de igual forma, dispôs sobre a alta programada (grifo nosso):

Art. 1º O art. 78 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

§1º. O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação médico-pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensada nessa hipótese a realização de nova perícia.

§2º. Caso o prazo concedido para a recuperação se revele insuficiente, o segurado poderá solicitar a realização de nova perícia médica, na forma estabelecida pelo Ministério da Previdência Social. [...]

Consoante o aludido dispositivo a alta programada, portanto, consiste no procedimento adotado pelo INSS de fixar a data de cessação do benefício de auxílio-doença desde o momento da concessão, independentemente da realização de nova perícia para verificar se o trabalhador ainda continua incapaz.

Necessário averiguar, desse modo, quais os verdadeiros objetivos buscados com a alta programada e se a mesma está embasada em critérios legais, uma vez que o único dispositivo que atualmente a prevê é um decreto regulamentar.

2. OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR.

2.1. Introdução.

Considerando que a alta programa foi instituída por meio de um decreto regulamentar, é importante perscrutar se a mesma está em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, já que cria novas obrigações para os segurados do INSS.

Necessário, portanto, verificar se o exercício do poder regulamentar permite que se criem novas obrigações para o administrado e até que ponto devem elas estar ou não adstritas a um determinado comando legal, garantindo-lhes o fundamento de validade.

2.2. A tripartição dos poderes e a competência regulamentar.

É atribuída a Montesquieu, por meio de sua obra “O espírito das Leis”, de 1748, a consolidação das ideias de separação dos poderes ou funções estatais⁷, pela qual se buscou racionalizar a gestão da Administração Pública com a finalidade de torná-la a mais democrática possível.

⁷ Conquanto haja críticas à expressão “tripartição dos poderes”, uma vez que o poder seria uno, existindo tripartição das funções estatais, infere-se que a mesma foi a erigida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

A maior parte dos Estados contemporâneos segue, em contornos gerais, a ideia de tripartição das funções estatais, denominando-as de função executiva, função legislativa e função judiciária.

O próprio Barão de La Brède e de Montesquieu (2009, p. 86) afirmou:

Existe em cada Estado três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamar-se-á este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. [...]

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabelecem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.[...]

A separação dos poderes ou funções, portanto, fundamenta-se no reconhecimento da fragilidade do ser humano, quando este concentra sob sua esfera um grande plexo de atribuições, uma vez que o governante tende a extrapolar critérios de razoabilidade, impondo a satisfação de sua vontade e interesses pessoais acima dos interesses coletivos, o que ocorreu principalmente nos Estados Absolutistas.

Por tal razão, convencionou-se, ao longo do tempo, por dotar o Estado de um aparelhamento equilibrado, onde as diversas funções pudessem ser exercidas por personagens distintos, evitando-se a indicada concentração do exercício do poder.

Segundo Michel Temer (1998, p. 119)

O mérito da doutrina, especialmente de Montesquieu, no seu Espírito das Leis, não foi o de propor certas atividades para o Estado, pois estas já eram identificáveis. O valor de sua doutrina está na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a

atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades. É a fórmula dos 'freios e contrapesos', a que alude a doutrina americana.

Outrossim, a divisão não se afigura estanque, uma vez que as funções correlacionam-se, muitas vezes cabendo a determinado "Poder" incumbir-se de atribuições pertencentes a outro e ao mesmo tempo exercer o controle sobre os demais, no que se denomina de sistema de freios e contrapesos.

Dispondo a esse respeito José Carlos Francisco (2009, p. 82) afirma:

[...] não é possível falarmos em separação de poderes como sinônimo de exclusividade de funções, mas sim em atribuições compartilhadas, motivo pelo qual as constituições não atribuem competências a um único ente ou órgão, particularmente a função legislativa (embora apenas um seja denominado Legislativo, no entanto sem monopolizar a tarefa de produzir normas gerais, ainda que possa ter função preponderante e privilegiada nessa tarefa).

E o aludido doutrinador (2009, p. 77) continua:

[...] a separação de poderes (vivas nos séculos XVIII e XIX) surge como elemento essencial do modelo de organização liberal, pois de um lado, representa sistema de autocontrole e garantia contra abusos do poder (num mecanismo que se regulava automaticamente, pela disposição das funções conferidas), e de outro lado, significa também critério de legitimação democrática e de racionalização e eficiência da administração pública (típica proposta da divisão de trabalhos do pensamento econômico liberal, com Adam Smith e outros). Por isso é que na visão convencional, a separação dos poderes corresponde a um princípio de organização política, pressupondo três funções em equilíbrio e coordenadas pela lei estatal, que não é criação de um único ente, mas é declarada pelo Legislativo sob controle do Executivo (pelo veto) e do Judiciário (pela constitucionalidade), tanto quanto sua aplicação. É indesejável que se atribua função (mesmo a legislativa, que é apenas um dos tipos de Direito) a um corpo separado de funcionários públicos, excluindo todos os outros dessa tarefa, o que pode gerar abusos.

Não é outra, portanto, a principal utilidade da tripartição dos poderes senão a de tentar buscar o equilíbrio do governo, não permitindo que determinada função estatal se sobreponha às demais, o que, dada a natureza humana, poderia redundar no esvaziamento das finalidades essenciais do Estado em buscar o interesse público primário, ou seja, o interesse da própria coletividade.

Com propriedade, a esse respeito, José Afonso da Silva (1999, p. 115) afirma:

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.

Nesse contexto, as funções estatais estabelecidas nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário correlacionam-se em busca de um objetivo comum e não se apresentam absolutamente exclusivas quanto às suas atribuições, havendo casos em que o Legislativo profere julgamentos (artigo 52, I e II, da Constituição Federal), o Judiciário exerce funções administrativas (artigo 96, I, da Constituição Federal) e o Executivo edita atos normativos (artigos 62 e 84, IV e VI, Constituição Federal).

Dentro da esfera legislativa do Poder Executivo, pode-se destacar a atribuição de expedir regulamentos, de forma a possibilitar o melhor cumprimento das leis oriundas do Poder Legislativo.

Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz (1994) *apud* Livia Marcela Benício Ribeiro (2009) corrobora:

[...] nos sistemas presidencialistas que consagram o princípio da separação de poderes, a atribuição regulamentar é inerente às funções do Poder Executivo. Se ao Poder Legislativo cumpre editar as leis, ao Executivo cumpre executá-las. É essa a missão precípua do Poder Executivo no quadro institucional da separação de poderes. Destarte, o 'poder regulamentar' não deriva de delegação legislativa; não é o Poder Legislativo que o dá ao Poder Executivo.

O poder regulamentar não se mostra como instrumento de invasão das atribuições do Poder Legislativo, mas como elemento subordinado e, de certo modo, reflexo à lei, lastreado na interdependência existente entre as funções estatais.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 319) afirma:

A Constituição prevê os regulamentos executivos porque o cumprimento de determinadas leis pressupõe uma interferência de órgãos administrativos

para a aplicação do que nelas se dispõe, sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata da atuação administrativa pressuposta.

Assim, inúmeras vezes, em consequência da necessidade de uma atuação administrativa, suscitada por lei dependente de ulteriores especificações, o Executivo é posto na contingência de expedir normas a ela complementares.

De modo idêntico, José Carlos Francisco (2009, pp. 215-216) dispõe:

Pressupondo um sistema jurídico hierarquizado, a atribuição da função regulamentar sempre esteve associada à necessidade de complementar o sentido amplo das normas superiores. Igual é a conclusão de pensarmos no ordenamento definido não de modo hierárquico, mas por competências próprias para cada espécie normativa, situação na qual normas constitucionais e legais têm por finalidade a definição estrutural do sistema jurídico, permitindo que a administração pública se oriente por normas jurídicas mais explícitas para a prática de atos concretos, constantes dos regulamentos. Portanto, historicamente os ordenamentos jurídicos sempre conferiram ao Executivo a função de expedir atos normativos intermediários entre a ordem superior e o ato concreto da administração, visando dar maiores elementos para a materialização dos comandos gerais e abstratos previstos na constituição ou na lei.

Assim, a finalidade precípua do poder regulamentar, dentro do contexto da divisão e correlacionamento das funções estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), é a de possibilitar o cumprimento das leis, pormenorizando-as, especificando-as, permitindo que o dever imposto pela norma venha a ser efetivamente aplicado quando da subsunção do fato por ela descrito.

2.3. O poder regulamentar na Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, importante tecer a definição do regulamento no ordenamento jurídico brasileiro. André Rodrigues Cyrino (2005, p. 67), define o regulamento como:

[...] a norma jurídica destinada a regular situações gerais e abstratas no âmbito da competência outorgada pela Constituição, em regra, ao chefe do Poder Executivo, para o desenvolvimento ou execução das leis, ou para o exercício autônomo de competências diretamente delimitadas pela Lei Fundamental.

Pimenta Bueno (1958) *apud* Vanessa Viera de Mello (2001, p. 55), por sua vez, atendo-se ao regulamento executivo, deu a seguinte definição:

Os regulamentos são atos de Poder Executivo, disposições gerais revestidas de certas formas mandadas observar por decreto imperial, que determinam os detalhes, os meios, as providências necessárias para que as leis tenham fácil execução em toda a extensão do Estado. São instruções metódicas e não arbitrárias, que não podem contrariar o texto, nem as deduções lógicas da lei, que devem proceder de acordo com os seus preceitos e consequências, que não têm por fim empregar os expedientes acidentais e variáveis precisos para remover as dificuldades e facilitar a observância das normas legais. São medidas que regulam a própria ação do Estado, de seus agentes, dos executores, no desempenho de sua missão; são atos, não de legislação, sim de pura execução, e dominados pela lei.

Nesse contexto, caracteriza-se o regulamento como o ato infralegal com caráter normativo, destinado a melhor prover a execução das leis de onde retira seu fundamento de validade, permitindo que a Administração Pública possa alcançar as suas finalidades.

A Constituição Federal de 1988 tratou do poder regulamentar, gizando seus contornos e principalmente seus limites. Previu o artigo 84 da Carta Magna:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...]
VI - dispor, mediante decreto, sobre:
a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vago; [...]

Verifica-se, portanto, que foram previstos dois tipos de regulamentos a serem exercidos pelo Poder Executivo: o regulamento executivo e o regulamento autônomo.

De acordo com André Rodrigues Cyrino (2005, p. 85):

Os regulamentos de execução estão previstos na Constituição, no art. 84, IV, que determina não só uma faculdade, mas um dever de o chefe do Executivo promover a fiel execução das leis. É a espécie de regulamento mais antiga no Direito brasileiro, presente desde a Constituição do Império de 1824 (art. 102, XII).

E aludido doutrinador continua (2005, p. 94):

Regulamentos autônomos são aqueles que têm fundamento direto no texto constitucional, que delimita uma esfera de conteúdos reservados ao regulamento. Trata-se de um campo material exclusivo no qual o legislador não pode interferir.

Na exata determinação do artigo 84, inciso VI, da Constituição Federal, o regulamento autônomo, além de ser exceção, quando comparado ao regulamento executivo, se destina tão apenas a dispor sobre a organização e funcionamento da Administração Federal, desde que não haja aumento de despesa, criação ou extinção de órgãos públicos, e sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando eles estiverem vagos.

Assim, fora de tais esferas de atribuição, não se admite, em nosso ordenamento jurídico, que possa o Poder Executivo expedir regulamentos autônomos. Não de outra forma dispõe Marcelo Augusto Paiva Pereira (2009):

Conclusivamente, o texto constitucional previu o decreto autônomo em rol taxativo, suprimindo a lei ao organizar o funcionamento interno da Administração Pública, não podendo ser utilizado para criar, modificar ou extinguir direitos dos administrados ou abordar matéria de direito privado, se estas hipóteses não foram acolhidas pela Constituição Federal, podendo diante dela ser ato normativo primário, ou ato de organização, diante da supremacia geral da Administração Pública. Nada a mais.

Definidos os contornos do regulamento autônomo, necessário perscrutar acerca dos limites do regulamento executivo, mormente em que casos ele poderá ser expedido e até que ponto ele deve estar em consonância com as disposições da lei que serve como seu fundamento.

Quanto às hipóteses de sua expedição, José Carlos Francisco (2009, pp. 291-292) esclarece:

Quais atos legislativos infraconstitucionais admitem a adoção de regulamentos? Em princípio todos aqueles que exigirem a atuação do Executivo, seja pela administração direta ou seja pela indireta que detém função regulamentar (vale dizer, órgãos ou entes com personalidade jurídica de Direito Público), motivo pelo qual os regulamentos podem ser gerados em face de lei complementares, leis ordinárias, decretos legislativos, resoluções do Congresso, da Câmara e do Senado, tratados internacionais e ainda decretos com natureza legislativa (como no estado de sítio, na parte que eventualmente represente normas jurídicas). Assim, mesmo os atos normativos que não comportam sanção ou veto, ou cujo veto presidencial tenha sido 'derrubado' pelo Congresso se sujeitam aos regulamentos, pois a obrigação de o Executivo aplicar a norma legal é a que gera a necessidade regulamentar (e não o direito de participar no processo de elaboração dessa

norma Constituinte ou primária). Se o tema estiver atribuído exclusivamente a outros poderes, por se tratar de matéria interna corporis, não será possível o exercício da função regulamentar do Executivo, pois a ele não caberá qualquer atribuição de execução (total ou parcial) ou fiscalização em relação à matéria tratada, ainda que presente o interesse público.

Ou seja, havendo a necessidade de a lei ser explicitada ou mesmo integrada para que se possa prover a sua execução, haverá campo para a expedição do regulamento, desde que respeitados os limites de atribuição material do Poder Executivo, como salientado acima.

Nesse sentido Geraldo Ataliba (1969) *apud* Ivana Mussi Gabriel (2009) complementa:

A expressão do poder regulamentar – que a Constituição confere ao Presidente da República – é o regulamento, ato administrativo normativo, tendo por pressuposto a existência da lei e cabimento técnico desta regulamentação. É a lei, pois, um *prius* necessário e insubstituível. Mas, não basta sua simples existência, para que se justifique o exercício desta faculdade. É ainda exigido que a lei comporte ou exija regulamentação.

Em geral, os regulamentos, na acepção a que alude o artigo 84, IV, da Constituição Federal, são veiculados por meio dos decretos. Para Victor Nunes Leal (1960) *apud* Ivana Mussi Gabriel (2009):

[...] o decreto é, portanto, a denominação genérica do ato praticado pelo chefe do poder executivo. A forma tradicional é redigir o regulamento em texto separado e baixar-se um decreto que o aprova, mas nada impede que o texto seja um só, isto é que os preceitos do regulamento estejam consubstanciados no próprio decreto”.

Outrossim, como dito alhures, o regulamento tem por função precípua possibilitar o melhor cumprimento da lei, pormenorizando-a, especificando-a. Não deve o regulamento, no entanto, se ater unicamente a reproduzir o dispositivo legal em que se funda, pois se assim fosse, não seria produtiva a sua existência, uma vez que não traria nada de novo ao ordenamento jurídico.

André Rodrigues Cyrino (2005, p. 88), a esse respeito, assevera:

Um regulamento que se apresente como mero elemento de execução ou procedimento de aplicação da lei, além de ser pouco útil, criaria um ônus imenso ao legislador de descer a minúcias, prevendo consequências plurais, realidades e circunstâncias que nem os mais criativos romancistas

conseguiriam imaginar. Ademais, o que significa ser mero elemento de execução? Entendemos que, na maioria das hipóteses, não se pode executar sem que se crie algo novo, algo que acrescente.

O regulamento executivo, assim, inova no mundo jurídico, mas com ressalvas, uma vez que não deve contrariar as disposições da lei a que deveria “servir”.

Decerto, se o regulamento existe para explicitar, integrar ou mesmo especificar a lei, não seria lógico e consentâneo com a teoria da tripartição das funções ou poderes estatais que o ato regulamentar estabelecesse disposições contrárias às normas a que está subordinado.

Nesse contexto, haveria evidente quebra da hierarquia das normas e consequentemente do fundamento de validade da ordem normativa, com a extrapolação das atribuições do Poder Executivo, uma vez que, ao editar regulamento *contra legem*, estaria invadindo as competências legiferantes do Poder Legislativo.

Acerca do fundamento de validade de uma ordem normativa, Hans Kelsen (2009, pp. 246-247) afirma:

[...] por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinada ainda – em certa medida – o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. [...] a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. [...]

E Kelsen (2009, p. 255) continua:

O escalão da produção de normas gerais – regulada pela Constituição – é por sua vez geralmente subdividido, na conformação positiva das ordens jurídicas estaduais, em dois ou mais escalões. Aqui poremos em destaque apenas a distinção entre lei e decreto, que é de particular importância onde a Constituição atribua fundamentalmente a produção das normas jurídicas gerais a um parlamento eleito pelo povo, permitindo, porém, a elaboração mais pormenorizada das leis por meio de normas gerais que são editadas por certos órgãos da administração, ou onde, para certos casos excepcionais, dê ao governo competência para, no lugar do parlamento,

editar todas as normas gerais necessárias ou apenas certas normas gerais. As normas gerais que provêm não do parlamento, mas de uma autoridade administrativa, são designadas como decretos, que podem ser decretos regulamentares ou decretos-leis. Estes últimos também podem ser chamados decretos com força de lei.

Não pode o regulamento, portanto, contrariar a lei de onde retira o seu fundamento de validade, sob pena de o Poder Executivo invadir a esfera de atribuição do Poder Legislativo, criando obrigações substancialmente novas.

A própria Constituição Federal (1988), em seu artigo 5º, inciso II, garantiu: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Percebe-se que, ao consagrar o princípio da legalidade, a Carta Magna, pautada nos ideais libertários que engendraram a tripartição dos poderes, teve por desiderato o equilíbrio do exercício das funções estatais, evitando que o Executivo concentre sob seu pálio, as atribuições principais de legislar e administrar.

Com isso, um regulamento que venha a contrariar o preceito de onde advém seu fundamento de validade, além de ser ilegal, por contrariar a hierarquia entre as normas e não observar os requisitos intrínsecos à sua expedição, também afeta toda a construção teórica de separação dos poderes e os anseios por ela buscados.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, pp. 93-94), acerca do princípio da legalidade, afirma:

No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37 caput, e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo (ao menos até o governo do Sr. Fernando Henrique Cardoso), abertamente ou através de expedientes pueris – cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante –, viola de modo sistemático direito e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição dos poderes.

Nos termos do art. 5º, II, 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. Aí não se diz 'em virtude de' decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se 'em virtude de lei'. Logo a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir

delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.

E não se pode ter outra interpretação acerca da função complementar e subordinada do regulamento, diante da expressa previsão do artigo 84, IV, da Constituição Federal (1988): “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

Michel Temer (1998, p. 157) discorrendo sobre os limites do regulamento afirma:

A lei inova a ordem jurídica infraconstitucional; o regulamento não altera. A lei depende da Constituição; nela encontra seu fundamento de validade. O regulamento depende da lei; nela encontra seu fundamento de validade. Regulamento se prende ao texto legal e seu objetivo é facilitar o processo de execução da lei. É o regulamento também norma abstrata e geral, mas difere da lei por não importar modificação na ordem jurídica. O regulamento, por sua vez, é ato administrativo produzido pelo Chefe do Poder Executivo (tanto no plano federal, como no estadual e municipal).[...]

E Vanessa Vieira de Melo (2001, p. 64) complementa:

O tema atinente ao objeto do regulamento é muito importante. Não há possibilidade de o regulamento dispor sobre assuntos atinentes à Emenda Constitucional, às leis de cunho complementar e ordinária. Entendimento em sentido contrário importaria em burlar o regime constitucional instaurado, extraindo-lhe a coerência e o cumprimento necessários ao desenvolvimento do sistema delineado na Constituição da República. Seria fortalecer mais o Poder Executivo que, atualmente, encontra-se em evidência, se se cotejar a quantidade de atribuições em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário.

Serve o regulamento, portanto, como instrumento destinado a conferir aplicabilidade à lei, a possibilitar o seu fiel cumprimento. Isso não quer dizer, como dito alhures, que o regulamento não possa inovar no mundo jurídico, mas que o mesmo deve estar em consonância com a norma legal, não podendo ultrapassar os limites materiais e dispor sobre assunto totalmente diverso, nem tampouco e sobretudo contrariá-la, criando, na verdade, outra norma. Eis o seu limite: a lei.

Nesse sentido, dispõe José Carlos Francisco (2009, p. 320):

Assim, sobre a capacidade de os regulamentos de execução e delegados inovarem no ordenamento jurídico, a vedação se concentra nos temas exclusivos da lei. No caso dos regulamentos de execução, esses podem

estabelecer direito ou obrigação desde que amparados na norma jurídica superior regulamentada e eficaz, contanto que não se trate de matéria sujeita à reserva legal absoluta. Apenas excepcionalmente os regulamentos delegados ou autorizados poderão criar direitos e obrigações em temas de reserva legal absoluta, nas exceções expressamente previstas pela Constituição Federal. Fora dessas circunstâncias exclusivas de lei, os regulamentos poderão inovar na ordem jurídica, o que não se estará fazendo de 'forma inicial', mas em 'virtude de lei', conformando sua edição com o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da Ordem Constitucional de 1988. Nos casos de reserva absoluta de lei, os regulamentos podem apenas implementar a ordem legal, sem qualquer capacidade de inovação.

Decerto, pudesse o regulamento extrapolar seus limites haveria a ampla utilização desse instrumento pelo Poder Executivo, desnaturando a necessidade da existência de um Poder Legislativo. Se já há abusos quando o Poder Executivo edita medidas provisórias, não é difícil imaginar as consequências da liberdade de um poder regulamentar geral autônomo.

3. A ILEGALIDADE DO SISTEMA DA ALTA PROGRAMADA.

Como visto, o benefício previdenciário do auxílio-doença foi previsto pela lei n. 8.213/91, em seu artigo 59, dispondo-se nos artigos 60 e 62, que o mesmo deve ser mantido enquanto o segurado continuar incapaz, até que ele possa recuperar a sua capacidade laborativa ou, não sendo o caso, até a concessão de aposentadoria por invalidez na hipótese de a incapacidade ser total e permanente.

Frise-se que os objetivos principais do aludido benefício são os de resguardar a força de trabalho do segurado, permitindo que ele recupere sua condição física e possa voltar a participar ativamente da economia, e o de prover o seu sustento, possibilitando o adimplemento de uma remuneração mínima para que ele não fique desamparado quando em situação de risco social.

Até o advento da alta programada, instituída pela orientação interna n. 130, em 13 de outubro de 2005, e mais posteriormente pelo decreto n. 5.844/2006, que alterou o artigo 78 do decreto n. 3.048/99 – mais conhecido como o regulamento da Previdência Social –, o auxílio-doença era cessado quando havia a recuperação da capacidade laborativa do segurado, promovendo-se as perícias médicas necessárias para averiguar tal situação.

Com a alta programa ou data cessação do benefício, o Instituto Nacional do Seguro Social passou a estipular a data em que o auxílio-doença deverá ser suspenso, permitindo-se ao segurado que efetue pedido de prorrogação, caso entenda que continua incapaz.

Discorrendo acerca do procedimento da alta programada, Marcel Thiago de Oliveira (2009) afirma:

Por este mecanismo e de conformidade com o que preceitua o Decreto nº. 5.844/06, já na perícia inicial em que confirmado o diagnóstico de doença incapacitante do exercício de atividade laboral e concedido o benefício de auxílio-doença comum ou acidentário, o médico perito, mediante avaliação, estipula, com fulcro em sua *expertise* o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, ao término do qual será suspenso automaticamente o pagamento do benefício, dispensada nessa hipótese a realização de nova perícia.

Na prática, a alta programada dá-se da seguinte forma: o trabalhador passa por uma perícia na qual o médico confronta o código da enfermidade ou lesão diagnosticada com o tempo estimado de permanência em gozo do benefício apresentado pelo programa de computador utilizado pela autarquia e que se baseia em estudos estatísticos de diagnóstico, tratamento e tempo de recuperação de milhares de benefícios concedidos, sendo lançado no sistema informatizado do INSS a data de alta do segurado e o conseqüente encerramento do benefício.

E Leonildo Correa (2009) complementa:

[...] o segurado considerado incapacitado temporariamente vai receber o benefício por um período determinado pelo médico perito como suficiente para a recuperação. Ao final do prazo, o pagamento será suspenso. O segurado que não se considerar pronto para voltar ao trabalho, mesmo após o prazo, terá de marcar nova perícia para continuar recebendo o auxílio-doença.

Com essa alteração, ficam os segurados em uma situação ainda mais vulnerável, já que ao final do prazo de "cura" estipulado pelo médico perito do INSS deverão retornar ao trabalho independentemente da situação em que se encontrem, devendo fazer outro requerimento. O sistema, com certeza, estará dificultando o recebimento de um benefício do segurado; benefício esse ligado ao direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana.

Contudo, não é possível, um médico, estipular com precisão a data em que o segurado estará apto a retornar à atividade que habitualmente exercia. Logo, findo o prazo do auxílio-doença, o segurado deverá retornar às suas atividades.

Infere-se que a alta programada foi instituída por meio de um decreto regulamentar, não havendo qualquer outra disposição legal que a contemple. Nesse ponto, necessário averiguar se o decreto criador da alta programada, está em consonância com as disposições da lei n. 8.213/91, tendo observado as limitações previstas no artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988.

De acordo com os artigos 60, *caput*, e 62 da lei n. 8.213/91 (grifo nosso):

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais

segurados, a contar da data do início da incapacidade **e enquanto ele permanecer incapaz.** [...]

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. **Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.**

Percebe-se que o legislador, preocupado com o risco social a ser protegido pelo benefício, determinou que o auxílio-doença não deveria cessar enquanto o segurado permanecesse incapaz. Deveras, os benefícios por incapacidade exigem que se apure, através de avaliação médica, a real condição de saúde do trabalhador, permitindo averiguar se a enfermidade que o acomete irradia reflexos em sua capacidade laborativa.

O artigo 78 do decreto n. 3.048/99 subverteu essa lógica ao possibilitar que o médico perito do INSS possa fixar uma data para a cessação do benefício, independentemente da realização de nova perícia:

Art. 78. O auxílio-doença cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela transformação em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente de qualquer natureza, neste caso se resultar seqüela que implique redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

§1º. O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação médico-pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensada nessa hipótese a realização de nova perícia.

§2º. Caso o prazo concedido para a recuperação se revele insuficiente, o segurado poderá solicitar a realização de nova perícia médica, na forma estabelecida pelo Ministério da Previdência Social.

A alta programada, assim, inverteu o ônus da comprovação da permanência da incapacidade, uma vez que não mais cabe ao INSS, através da perícia médica, comprovar que o segurado está apto ao trabalho. Cabe agora ao segurado atestar que ainda continua inapto ao exercício de seu labor.

A esse respeito, Alberto Nogueira Júnior (2006) explicita:

Não há qualquer razoabilidade na inversão do ônus da prova instituída primeiro pela Orientação Interna 1 Dirben/PFE, de 13.09.2005, e acobertada depois pelo Decreto nº 5.844, de 14.07.2006, seja considerando-se alguma inacreditável posição de inferioridade do INSS em relação ao segurado beneficiário de auxílio-doença, potencial ou efetivo, seja tendo-se em vista algum conhecimento técnico ou informação qualificada que o segurado

pudesse sonegar ao conhecimento do serviço de perícias médicas da autarquia.

Então, para que serve aquela inversão do ônus da prova?

Simplemente para dificultar a renovação da concessão do benefício, e assim fazer o INSS economizar alguns caraminguás, às custas do desamparo do trabalhador que estava a contribuir, compulsória ou voluntariamente, para o sistema da Seguridade Social.

Mas o mais importante é observar que a alta programada prevista pelo artigo 78 do decreto n. 3.048/99 contraria o disposto no artigo 60 da lei n. 8.213/91.

Inobstante possa o segurado, ao término do prazo inicial fixado para a cessação do benefício, formular pedido de prorrogação, a lei n. 8.213/91 exige que o benefício apenas seja suspenso na hipótese em que reste atestada a capacidade laborativa.

A fixação, portanto, de um prazo determinado para que o benefício seja cessado contraria a expressa determinação da lei n. 8.213/91, criando norma substancialmente nova.

Como antes visto, o decreto regulamentar tem por função explicitar, pormenorizar a lei, possibilitando a sua aplicação, sob pena de desvirtuar todo o equilíbrio buscado pelo sistema de tripartição das funções ou poderes estatais.

Desse modo, o decreto regulamentar deve, primordialmente, ater-se aos comandos da lei que lhe impõe o seu fundamento de validade, sob pena de o Poder Executivo extrapolar suas atribuições, atuando como verdadeiro órgão legiferante.

Não de outro modo, Seabra Fagundes (1979) *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 312), sobre o decreto regulamentar, discorreu:

'É certo que, como a lei, reveste o aspecto de norma geral, abstrata e obrigatória. Mas não acarreta, e aqui dela se distancia, modificação à ordem jurídica vigente. Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, mas apenas, pormenorizar as condições de modificação originária de outro ato (a lei). Se o fizer, exorbitará, significando uma invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso'.

Em momento algum, a lei n. 8.213/91 estabelece a alta programada; pelo contrário, referida legislação rechaça tal instituto (artigo 60). Desse modo, é possível perceber que o decreto n. 5.844/06 cria norma jurídica nova, totalmente dissociada da lei que deveria regulamentar. A crise de legalidade é patente, havendo expressa desobediência ao disposto nos artigos 5º, II, e 84, IV, da Carta Magna.

Nesse mesmo sentido, dispõe Leonildo Correa (2006):

No Brasil, portanto, são proibidos os regulamentos autônomos ou independentes. Isto é, atos administrativos normativos inovadores da ordem jurídica, pois são sempre subordinados a uma lei prévia (são infralegais), salvo as hipóteses inseridas no texto constitucional, pela emenda constitucional nº 32/2001, dando nova redação ao artigo 84, VI. Assim, desde a entrada em vigor dessa emenda constitucional (11/09/01), não é mais correto asseverar, de forma peremptória, que o Brasil não admite regulamentos autônomos.

O regulamento tem esse destaque por ser o ato administrativo normativo mais importante, emanado do Chefe do Poder Executivo, conforme disposição do art. 84, IV, da CF/88, pelo qual compete privativamente ao Presidente da República 'expedir decretos e regulamentos, para a fiel execução da lei'. [...]

Portanto, o Decreto 5.844 é ilegal e inconstitucional, pois restringe e inibe um direito do trabalhador, ou seja, a Alta Programada corta o benefício antes da recuperação do segurado. Benefício que é garantido pela lei e para o qual o trabalhador teve que contribuir. Logo, esse decreto em nada modifica a situação de ilegalidade já reconhecida pelo Poder Judiciário, evidenciando-se a nítida intenção do governo em negar vigência à Lei 8.213/91 que não permite Alta Programada enquanto persistir a incapacitação que motivou a concessão do benefício.

Marcel Thiago de Oliveira (2009), por sua vez, assevera:

Ao estabelecer prognóstico que libera o trabalhador para sua atividade sem que o mesmo esteja devidamente apto, o INSS não cumpre seu dever de propiciar ao segurado os meios indispensáveis de manutenção até sua cabal recuperação para o trabalho, habilitação para o desempenho de atividade outra para a qual tenha condições ou aposentação por invalidez.

Com efeito, a Lei nº. 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social) em seu artigo 1º, preceitua que é dever da Previdência Social, mediante contribuição, assegurar aos seus beneficiários os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

E Marcus Orione Gonçalves Correia (2006) *apud* Rosana Alves Barbosa (2008, f. 27) ratifica:

Conseqüentemente, regulamento e decretos são atos administrativos destinados a prover situações geral e individual, previstas, de modo expresse, explícito ou implícito, pela legislação, e não podem alterar as garantias da lei, desde que como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei, e, por isso mesmo, não se pode contrariar a lei, criar direitos, impor obrigações ou penalidades, pois 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.

Importante mencionar que o decreto instituidor da alta programada não surgiu simplesmente para regulamentar a lei, mas para “regulamentar” uma situação de fato que já ocorria no âmbito do INSS – dando a ela ares de legalidade –, conforme se pode ver de transcrição de trecho da ata da 117ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Previdência Social (2005):

O Sr. Benedito Brunca passou a falar sobre a Cobertura Previdenciária Estimada – COPES – assunto de debates acalorados na Comissão de Trabalho da Câmara dos Deputados e na 3ª Conferência Nacional de Saúde do Trabalhador. Esclareceu que não foi editada nenhuma lei, nenhum decreto, nenhum ato administrativo, para regular o funcionamento do COPES, mas foi baixada uma orientação interna que buscou parametrizar a conduta médica no trato, no momento em que se realiza a avaliação médico-pericial por ocasião da requisição do benefício ou dos exames subsequentes. Alertou que só foi feito um adendo, que se coadunaria com a melhor gestão do fluxo de atendimento das pessoas. Informou que o principal foco do COPES seria a questão da discussão da capacidade do INSS de atender às demandas, que o sistema SAB oferecia os parâmetros para avaliar essa situação.

Além disso, apresentou-se, na ata da aludida reunião (2005), os objetivos do COPES⁸:

Informou que a Cobertura Previdenciária – o COPES – surgiu de uma sugestão do projeto Simplifique, uma caixa de demandas e sugestões, rodou como piloto nas cidades de Teresina, João Pessoa, Contagem, Vitória, Porto Alegre, São Paulo, tendo ocorrido a implantação nacional em 11 de agosto. Que seus objetivos seriam: redefinir as diretrizes de atuação de perícia médica; conferir maior resolutividade na concessão dos benefícios; liberar vagas nas agendas médicas; reduzir a demanda por exames nas APS; acabar com a necessidade da terceirização; reduzir custos operacionais; inibir a ação de agenciadores; uniformizar condutas, via capacitação continuada; facilitar o gerenciamento de perícias; reduzir as fraudes e falhas na avaliação; e melhorar a imagem da instituição.

Percebe-se, de forma clara, que os objetivos primordiais da alta programada ativeram-se a questões de cunho administrativo, mormente quanto à necessidade de liberar vagas nas agendas médicas. Assim, ao invés de ampliar o número de atendimentos médicos e permitir que as perícias, tanto de concessão quanto de cessação dos benefícios, fossem realizadas de forma adequada e em conformidade com a lei, o INSS prezou por reduzir esse número de atendimentos,

8 Hoje mais conhecido como o instituto da alta programada.

criando a falsa sensação de que o serviço previdenciário estaria sendo prestado com mais qualidade.

Nesse ponto, salutares são as palavras de Alberto Nogueira Júnior (2006):

[...] o procedimento administrativo de concessão do benefício de auxílio-doença foi desvirtuado em sua finalidade, posto que agora destina-se não mais a aferir a necessidade concreta, real e efetiva do trabalhador temporariamente incapacidade de exercer suas atividades laborativas, e de assim carecer de socorrer-se junto ao sistema da Seguridade Social; o objetivo, desde a Orientação Interna 1 Dirben/PFE, de 13.09.2005, e reforçado com o advento do Decreto nº 5.844/2006, é o de evitar que o benefício seja renovado pelo maior tempo possível, ainda que o trabalhador possa estar tremendamente necessitado de continuar a receber o benefício, por absoluta falta temporária de condições físicas ou mentais para o trabalho.

No mesmo sentido, Marcel Thiago de Oliveira (2009) afirma:

Ao visar desonerar os cofres previdenciários ou, quando muito, buscar aprimorar o sistema e racionalizar procedimentos, em detrimento, contudo, dos filiados da Previdência Social, através da imposição de mecanismos que dificultem ou impeçam a obtenção do benefício, o Estado sacrifica o fundamento da dignidade da pessoa humana. Retrocede em importante conquista social, consistente na proteção contra o risco social ao não possibilitar ao trabalhador efetivamente incapacitado para o trabalho condições mínimas de sobrevivência, desrespeitando-o na sua existência (vida, corpo e saúde) e degradando-o na sua condição de pessoa humana. [...]

Na medida em que lança à própria sorte um infindável número de trabalhadores incapacitados para o trabalho ou enfermos inaptos para o exercício de sua atividade habitual em razão de uma pretensa racionalização e otimização do sistema previdenciário, o mecanismo em relevo, antes mesmo de ser incongruente com o modelo de Estado adotado pelo Brasil, se revela em descompasso com o próprio ser humano, entendido como fim e epicentro da ordem jurídica, e não como meio.

Não se mostra plausível, portanto, que sob a falsa alegação de melhoria no atendimento, possa o INSS desrespeitar a lei ao instituir, através de um decreto que deveria ser “regulamentar”, óbices à continuidade do recebimento do auxílio-doença pelo segurado. Na esteira da ilegalidade da alta programada, Daniel Pestana e Luiz Salvador (2006) atestam:

É certo que a política adotada pelo INSS, buscando reduzir o número de concessões de benefícios por incapacidade sem qualquer critério médico ou ainda a de prognosticar uma data futura para a recuperação da capacidade

laborativa dos segurados — as repudiadas 'altas programadas' — nada mais faz do que negar vigência à garantia assegurada quer pela Constituição Federal, quer pelas leis ordinárias que disciplinam os benefícios previdenciários e norteiam a atuação da própria Previdência Social.

A par da ilegalidade da alta programada, em razão da extrapolação dos limites do Poder Regulamentar, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição Federal, o que seria suficiente para rechaçar a sua existência, percebe-se que o instituto não se afigura como instrumento de melhoria dos serviços prestados pelo INSS, mas como elemento redutor do período em que o segurado deveria estar recebendo o seu benefício por incapacidade, independentemente de sua recuperação.

Consoante afirma Mário Lúcio (2006):

Segundo a lógica da COPES, o trabalhador passa por uma perícia médica e seu diagnóstico corresponde a um código que é lançado em um programa de computador e estabelece a data da alta para o paciente. Vencido este prazo da Alta Programada, o trabalhador é obrigado a retornar ao trabalho. Mas, aonde reside o problema?

- (...) Os alquimistas elaboraram uma estranha (e também secreta) tabela de doenças cuja alta programada, independentemente da avaliação das condições subjetivas do paciente, se dará entre 60 e 180 dias. No entanto, os peritos médicos estão concedendo, como procedimento-padrão, as licenças por 60 dias, independentemente de qualquer reavaliação do estado de saúde do segurado. Este se vê obrigado a voltar para o seu posto de trabalho, ainda que não esteja apto.

Claro, se não concordar, pode pedir reconsideração, desde que se disponha a esperar de seis a oito meses para ser examinado pela perícia médica. E nesse meio tempo? O benefício fica suspenso e o segurado pode ser dispensado pela empresa (o que acontece, especialmente quando a ausência de capacidade física, psíquica ou mental para o trabalho se faz notoriamente presente). - argumenta Wagner Balera, advogado especialista em Direito Previdenciário e professor titular na Faculdade de Direito da PUC-SP, em artigo sobre o tema, publicado no canal Consultor Jurídico, do jornal O Estado de São Paulo.

No mesmo sentido dispõe Luiz Salvador (2006):

O discurso oficial justificador da necessidade do INSS manter a política interna de concessão da Alta Programada justifica-se à razão de que esse sistema favorece o segurado, com a eliminação de filas, muitos exames e diversas perícias... Não obstante ao argumento oficial, constata-se que na verdade, a preocupação real é apenas com a diminuição dos custos da autarquia, mas jogando os ônus pela adoção dessa medida nos ombros dos segurados e em especial do trabalhador adoecido, infortunado e lesionado, correndo o risco de, ao retornar ao trabalho ainda com seqüelas, agravar-se seu estado de saúde e da lesão incapacitante, como tem ocorrido em milhares de casos que têm sido denunciados.

Argumenta-se que pode o segurado, antes de encerrado o prazo de cessação do auxílio-doença, nos quinze dias anteriores, formular pedido de prorrogação do benefício, razão pela qual não haveria qualquer tipo de prejuízo, uma vez que poderia requerer tantos pedidos de prorrogação quanto necessários.

No entanto, verifica-se que tal lapso (15 dias) é bastante exíguo, o que na maior parte das vezes faz com que o auxílio-doença só venha a ser restabelecido meses após aludido requerimento de prorrogação. É comum que o INSS, nesses casos, atribua um novo número ao benefício, fazendo com que o segurado não receba as parcelas entre a suspensão do primeiro auxílio-doença e a concessão do segundo, o que gera uma boa economia para o Instituto.

Outrossim, a esse respeito, Maurício Matos Mendes (2009) alerta:

O prazo aberto ao segurado para insurgir-se e requerer a avaliação da incapacidade não tem o condão de restaurar a legalidade da ação vez que a ilegalidade antes perpetrada já incluiu no mundo jurídico ato defeituoso, pois, em não sendo possível à administração pública atuar à margem do permissivo legal, a manifestação ulterior do administrado queda inerte, viciado que está o ato da ilegalidade originária.

É importante salientar, ainda, que o pedido de prorrogação não suspende o “corte do benefício” e enquanto não realizada nova perícia o segurado não receberá os valores correspondentes ao auxílio-doença. Desse modo evidencia-se o prejuízo causado ao beneficiário do auxílio-doença que, em momento de extrema dificuldade – uma vez que não pode trabalhar –, fica desprovido dos rendimentos que poderiam garantir o seu sustento.

Outrossim, muitas vezes se estabelecem prazos bastante exíguos para a recuperação do segurado, o que faz com ele tenha de formular, no espaço de um ano, oito ou até mesmo dez requerimentos de prorrogação, em evidente processo destinado a aviltar sua dignidade.

O simples fato de um segurado já ter de pleitear um auxílio-doença perante a autarquia previdenciária já se constitui, por si só, em verdadeiro calvário ante as filas, o excesso de burocracia e a demora no atendimento, o que se torna ainda pior ante a necessidade de, praticamente, “ter de pleitear novamente o benefício”, decorrente de uma mesma enfermidade, por seis, oito, dez vezes.

Resta salientar, ainda, que todos os procedimentos atinentes à alta programada são sigilosos, não havendo publicidade quanto aos critérios relacionados aos prazos destinados à recuperação do beneficiário ao se considerar a sua enfermidade.

Em pesquisa aos sítios do Ministério da Saúde⁹, da Associação Médica Brasileira¹⁰ e do Conselho Federal de Medicina¹¹, não foi possível encontrar quaisquer estudos médicos acerca da confiabilidade científica da “alta programada”. Por certo, não se pode descuidar que além de as pessoas e as enfermidades serem distintas, o tempo de recuperação de cada indivíduo também é diferente, razão pela qual não se mostra aconselhável estabelecer um padrão único de recuperação, sem que se levem em conta critérios como idade, histórico médico, grupo étnico, dentre outros.

Nesse ponto, são salutares os relatos de três segurados, atingidos pela alta programada, indicados por Mário Lúcio (2006):

1. O motorista Hélio Rodrigues cumpria o período pós-operatório da retirada de um tumor no cérebro que comprometeu seus movimentos dos braços e pernas. Seu trauma evoluiu para uma hemiplegia (perda dos movimentos de um lado do corpo). Devido à gravidade do seu caso, ele foi afastado pelo INSS. Ao cumprir o prazo determinado para o seu afastamento, Hélio retornou ao posto do INSS de Contagem, localizado na Avenida João César de Oliveira. Lá, o perito Dilberto J. L. Mendonça lhe arrancou a muleta das mãos, acusando-o de simulador.

- Perdi o equilíbrio e só não caí porque me segurei em uma mesa - denunciou Hélio à fisioterapeuta que acompanha sua reabilitação.

O médico-perito do INSS questionou o uso da muleta e a indicação deste acessório pelo médico que acompanha o seu tratamento, dizendo que o motorista poderia voltar ao trabalho. Hélio, claramente sem condições de retornar ao trabalho devido à limitação dos movimentos da perna e do braço direito, apresentou denúncia ao Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais e à Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa. Nenhuma providência para a solução do seu caso foi tomada por parte do Estado e seus órgãos.

2. O também motorista, José Martins Rodrigues, vítima de acidente automobilístico, sofreu fratura na região da articulação do fêmur e bacia, lesionando o nervo ciático, o que resultou na perda dos movimentos da perna e pé esquerdo, que foram imobilizados.

Após o cumprimento do período da Alta Programada, teve seu benefício cortado pelo INSS. Uma nova perícia foi remarcada seis meses depois. Com o benefício suspenso, José Martins, único responsável pelo sustento da família manteve-se graças à realização de pequenos trabalhos informais e à solidariedade de amigos. Ao retornar à empresa onde trabalha, o médico

9 Disponível em: <<http://www.saude.gov.br>>

10 Disponível em: <<http://www.amb.org.br/teste/index.php>>

11 Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novoportal/index5.asp>>

recusou-se a reincorporá-lo argumentando que José não estava em condições reassumir seu posto. Claro. A questão é que como seu benefício continuava suspenso, ele teve que recorrer ao INSS e permanece, ainda hoje, aguardando nova perícia. Sem receber um centavo.

3. Mais um caso grave é o de Vicente Ferreira Leite. Após anos de serviço penoso como motorista, dirigindo ônibus em mau estado de conservação, com bancos não reguláveis, alavanca de marchas com difícil manuseio; em horários de trabalho estafantes e jornadas diárias de até 10 horas, foi afastado.

O laudo do ortopedista e traumatologista, Dr. Carlos Murilo de Oliveira Mata, que acompanha o caso do Sr. Vicente, é enfático:

- O Senhor Vicente apresenta quadro de lombociatalgia direita crônica, o que é consequência de lesões degenerativas graves (osteoartrose, diminuição do espaço discal, osteofitos e hérnia de disco) da coluna. Tem também lesão do menisco medial do joelho esquerdo que foi operado em 2005. Este paciente tem grande dificuldade de exercer suas atividades profissionais - motorista de ônibus. Este paciente não tem necessidade de fazer novos exames (ressonância nuclear magnética e tomografia computadorizada), pois nada irá acrescentar aos exames anteriores. Conforme toda literatura, os pacientes com lombociatalgia crônica têm muita dificuldade de exercer a profissão de motorista de máquina pesada.

Em sua peregrinação pelo INSS, desde 2002, Vicente Ferreira foi submetido a dez perícias. Neste intervalo, não recebeu o benefício. Após a alta, a empresa não o reincorporou ao trabalho. A médica do trabalho da empresa, Dra. Telma Rodrigues Vargas, alega que ele 'não apresenta condições de voltar ao trabalho, conforme laudo do especialista'.

- O que o INSS está fazendo comigo é uma grande palhaçada. Se voltar ao trabalho, estarei colocando a minha vida, a dos passageiros e a de todos os pedestres em risco. O meu tempo de afastamento já me dá direito à aposentadoria, porém com as novas perícias eles mudam o número do benefício. O INSS já trocou o meu número de benefício por duas vezes (Em 2002: benefício nº 31/ 725.030.171-5 e em 2005: 31/140.113. 850-8). Sinto que ninguém me ajuda. Para agravar, o médico perito do INSS me deu alta para voltar ao trabalho no dia seguinte à minha última consulta - protesta Vicente, que após 15 anos de pagamento compulsório de impostos, sente-se apreensivo quanto ao seu futuro.

Assim, além de pernicioso ao segurado, o sistema da alta programada no benefício de auxílio-doença, adotado pelo INSS com base no decreto n. 5.844/06, não está de acordo com as disposições da lei n. 8.213/91, uma vez que o aludido decreto extrapolou o poder regulamentar conferido ao Presidente da República, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição Federal.

Diante da flagrante ilegalidade do instituto da alta programada, diversas ações – seja de caráter individual ou coletivo – foram intentadas em todo o país. Nesse sentido, importante citar alguns precedentes judiciais (grifo nosso):

PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO SEM A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA. ALTA PROGRAMADA. AUSÊNCIA DE AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. [...]

3. Necessária a observância do devido processo legal e da ampla defesa, com a produção de nova perícia, a fim de se constatar a recuperação laborativa da impetrante, não sendo cabível a simples determinação pelo INSS de "alta programada" com o retorno à atividade pela segurada.

4. Remessa oficial a que se nega provimento.

(Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO; Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200433000113095; Processo: 200433000113095 UF: BA Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data da decisão: 25/2/2008 Documento: TRF100270365; Fonte e-DJF1 DATA: 1/4/2008 PAGINA: 35; Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO SÁVIO DE OLIVEIRA CHAVES)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO. AUXÍLIO-DOENÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ALTA PROGRAMADA. COPES. AUSÊNCIA DE PERÍCIA MÉDICA. INCAPACIDADE LABORAL DEMONSTRADA. 1. Para a concessão do benefício de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, devem estar caracterizadas a qualidade de segurado, a carência (quando for o caso) e a incapacidade para o trabalho (arts. 42 e 59 da Lei nº 8.213/91). **2. O Programa de Cobertura Previdenciária Estimada (COPES), instituído pelas Ordens de Serviço nºs 125e 130/2005, prevê que o médico perito, observando as características de cada caso, deverá prever a data de cessação do benefício, mediante prognóstico.** 3. Entretanto, **o benefício por incapacidade somente pode ser cessado quando verificado o retorno da capacidade do segurador para o exercício de suas atividades habituais, o que só é possível por meio de perícia médica, que possa avaliar a evolução da doença.** 4. Na hipótese dos autos, os atestados médicos e resultados de exames demonstram a permanência da moléstia incapacitante quando do cancelamento do benefício. 5. Presentes, portanto, a verossimilhança da alegação e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, este consubstanciado na grande possibilidade de ser causado prejuízo à própria sobrevivência do autor, caso deva aguardar o desfecho da lide para o recebimento dos recursos pleiteados, sabendo-se das limitações que possui para prover a sua manutenção, por motivo de moléstia incapacitante. 6. Agravo de instrumento improvido. (TRF4, AG 2007.04.00.030905-4, Quinta Turma, Relator do Acórdão Luiz Antônio Bonat, D.E. 26/05/2008)

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA MÉDICA PROGRAMADA. SUA FIXAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DE PERÍCIA. **Se, à luz do disposto no art. 101 da Lei n.º 8.213/91, o segurador em gozo de auxílio-doença é obrigado a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, isto significa que o aludido exame é necessário para averiguar-se se ele está ou não em condições de retornar ao trabalho. Logo, não se pode presumir a recuperação de sua capacidade laborativa, pura e simplesmente em razão do decurso de determinado prazo.** (TRF4, AMS 2006.70.00.017889-9, Sexta Turma, Relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 18/05/2007)

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA MÉDICA. ILEGALIDADE. **É incompatível com a lei previdenciária a adoção, em casos semelhantes ao ora analisado, do procedimento da "alta programada", tendo em vista que fere direito**

subjetivo do segurado de ver sua capacidade laborativa aferida através do meio idôneo a tal fim, que é a perícia médica.

(REO 200670000105975, LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, TRF4 - TURMA SUPLEMENTAR, 19/04/2007)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO de INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. **RESTABELECIMENTO de AUXÍLIO-DOENÇA. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO SEM PRÉVIA REALIZAÇÃO de EXAME COMPLEMENTAR. ALTA MÉDICA PROGRAMADA. ILEGALIDADE DA SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. ART. 62 da LEI Nº 8.213/91. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO PROVIDO.** I - Agravo de instrumento interposto pela parte autora em face de decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada para efeito de restabelecer benefício de auxílio-doença, o qual fora cancelado pelo INSS. **II - Valendo-se do procedimento conhecido como alta médica programada, o INSS não realizou exame prévio no segurado, antes do cancelamento sumário do benefício de auxílio-doença, mesmo sendo presumível a persistência de sua incapacidade para o trabalho, consoante atestados médicos constantes dos autos. III - No caso concreto, diante do teor dos laudos médicos e da documentação juntada aos autos, existem provas razoáveis no sentido de que a parte autora ainda sofre das enfermidades que asseguram o recebimento do benefício de auxílio-doença. Portanto, presume-se a permanência da incapacidade laborativa, verificada ao tempo da concessão do benefício, enquanto o ente gestor da seguridade social não provar a realização de perícia médica complementar que ateste a superação das condições que lhe deram ensejo.** IV - Ademais, ressalte-se o fato de que o agravante trabalha, habitualmente, na construção civil, atividade cuja necessidade de utilização de força muscular lhe é inerente. Tal circunstância, torna evidente a necessidade de manutenção do benefício de auxílio-doença, sobretudo quando observada a natureza da enfermidade que ensejou a sua concessão - lesão na coluna vertebral com achatamento de corpos vertebrais. V - Decisão agravada que deve ser reformada, haja vista a verossimilhança das alegações formuladas na inicial, aliada à iminência de lesão irreparável ou de difícil reparação em face do risco envolvido. Reversibilidade da medida e não-caracterização de periculum in mora inverso. VI - Agravo provido.

(Processo 650037220074013, ALEXANDRE MACHADO VASCONCELOS, TRDF - 1ª Turma Recursal - DF)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA SOCIAL. AGRAVO de INSTRUMENTO. **TUTELA ANTECIPADA. RESTABELECIMENTO de AUXÍLIO-DOENÇA CESSADO EM VIRTUDE de "ALTA PROGRAMADA". RECURSO PROVIDO.** I - [...] II - Documentos que instruem o agravo aptos a demonstrar a verossimilhança do pedido, demonstrando a gravidade do quadro clínico da agravante, que padece de espondiloartrose, degeneração da coluna cervical e lombar, bem como hérnia discal, apresentando fortes dores e dificuldades para realização de suas atividades. **Em sendo assim, a conduta do INSS em "prever/agendar" automaticamente o fim do pagamento do benefício auxílio-doença - numa forma de presunção da cessação da incapacidade laborativa do segurado - encontra-se sem embasamento legal, já que impõe ao segurado prazo programado para perceber o benefício auxílio-doença, findo o qual, independentemente de seu real estado de saúde, tenha ele que retornar ao trabalho.** III - O risco de dano irreparável se evidencia no comprometimento da subsistência da agravante, em razão de se tratar de benefício de caráter alimentar, que não lhe permite aguardar o desfecho da ação. IV - Agravo provido, garantindo-se à agravante o direito de, somente após realização de perícia

que ateste o fim de sua incapacidade laborativa, ver cessado o pagamento do benefício.

(Processo 300076420064013, JEFERSON SCHNEIDER, TRMT - 1ª Turma Recursal - MT)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

I - [...].

III - Havendo indícios de irreversibilidade para ambos os pólos do processo, é o juiz, premido pelas circunstâncias, levado a optar pelo mal menor. In casu, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

IV - Não se justifica a alta programada regulamentada pelo Decreto nº 5844/2006, devendo o INSS designar perícia em data anterior ao cancelamento do benefício de auxílio-doença.

V - [...].

(TRF3, AI – 307098, Rel. Juíza Marianina Galante, DJU 28.11.2007.)

Não se descarta que dada a evolução da medicina, se possa chegar a prazos razoavelmente compatíveis com a duração de algumas enfermidades mais simples. No entanto, inobstante os avanços da área médica, a certeza que se exige para a cessação do benefício, conforme determinação da lei n. 8.213/91, não admite alusão à “previsibilidade”.

Wagner Balera (2006), em tom irônico, afirma:

A sabedoria popular afirma que a cura dos resfriados mais simples não passa de uma semana. Mas, todos conhecemos pessoas que permaneceram muito mais tempo com essa mesma sintomatologia.

Pois bem, a situação está completamente modificada. Possivelmente graças a avanços da medicina, que ainda não foram objeto de divulgação na literatura especializada, a perícia médica do INSS sabe desde o primeiro dia a data certa na qual o segurado recuperará plenamente a sua capacidade de trabalho. E, graças a esse saber, a perícia atesta, com larga antecedência, que a alta se dará naquele dia.

Estamos, portanto, diante daquele que pode ser considerado um dos maiores avanços do conhecimento médico dos últimos 20 séculos ao qual não está se dando o devido crédito.

Quem terá sido o gênio que bolou a estimativa precisa, para cada doença, dos dias que a mesma irá durar? Quem terá respaldado esse gênio, conferindo chancela oficial a tão precisa quanto cabalística iniciativa? E por que, afinal, o manual secreto no qual os alquimistas cunharam esses dados importantíssimos não pode ser objeto de consulta por parte da comunidade científica e tampouco por parte dos principais interessados nos seus efeitos: os doentes?

Decerto, a lei de benefícios exige, para a cessação do auxílio-doença, que o segurado esteja apto para o exercício de sua atividade ou seja habilitado para outra, possibilitando que ele possa prover a sua própria manutenção. Não de outro

modo esta é a lógica previdenciária e o seu fim maior, ou seja, a necessidade de cobertura dos riscos sociais.

Observa-se que há um conflito de interesses jurídicos relevantes, quais sejam: a) o da Administração em “racionalizar” o serviço e para economizar; b) e o do segurado, em garantir a continuidade do benefício até sua total reabilitação.

Nesse contexto Maurício Matos Mendes (2009) afirma:

Embora louvável do ponto de vista administrativo, uma vez que a intenção expressa pelo administrador público ao motivar a razão da implantação do sistema a que popularmente se denominou 'Alta Programada', foi a intenção de agilização dos procedimentos e maior segurança na administração de determinadas espécies de benefícios, tal intenção não é suficiente para subverter direitos de outrem, e, menos ainda, direitos historicamente consolidados.

O instituto da incapacidade, tanto em sua dimensão jurídica como em sua dimensão relacionada às condições físicas do segurado ou do dependente não pode ser objeto de disposição pelo gestor da previdência como se fora uma mera questão administrativa, a uma porque expressa uma condição histórica atinente à geração da proteção previdenciária não tendo, portanto, natureza administrativa e, a duas porque tal condição encontra-se na esfera de direitos de outrem e não do gestor, por melhor intencionado que este esteja.

Há de se questionar qual o principal intento do INSS em estabelecer a alta programada: melhorar o atendimento, com a redução do número de perícias, ou economizar (com a redução do prazo dos benefícios de auxílio-doença) à custa dos segurados?

O mínimo que se espera de um sistema de Previdência Social é que ele possa resguardar com segurança e confiabilidade os direitos dos segurados quando da ocorrência de um infortúnio que lhes retira a possibilidade de prover o seu próprio sustento.

Não de outro modo tanto a Constituição Federal como a lei n. 8.213/91 têm por desiderato a proteção máxima do segurado, o que não ocorre com o sistema da alta programada, em que se busca atender, primordialmente, aos interesses administrativos do INSS, razão pela qual aludido sistema não é apenas inconveniente, mas sobretudo ilegal.

CONCLUSÃO

Conforme salientado ao longo deste trabalho, o benefício de auxílio-doença tem por função principal permitir que o segurado temporariamente incapacitado possa recuperar o seu vigor, retornando ao mercado de trabalho.

A partir do ano de 2005, o INSS, por meio de instruções normativas e, posteriormente através do decreto n. 5.844, de 13 de julho de 2006, passou a utilizar o procedimento denominado de alta programada, não possibilitando ao segurado a obrigatória submissão a uma avaliação médica, antes da cessação do benefício.

Com isso, passou-se a atribuir ao segurado o ônus de comprovar a persistência de sua incapacidade para continuar recebendo o benefício previdenciário, uma vez que deveria formular, nos 15 dias anteriores à cessação, pedido de prorrogação.

Inobstante a possibilidade de referido pedido (o que resulta em evidente prejuízo, tanto em razão do baixo nível educacional do trabalhador – que não tem a exata noção do teor desse requerimento – tanto em razão do exíguo prazo de 15 dias que, em regra, não possibilita a realização de nova perícia antes da cessação), infere-se que a lei n. 8.213/91 exige que o segurado esteja apto ao labor para que o benefício seja cessado.

Verifica-se, assim, que o decreto instituidor da alta programada ultrapassou os limites do poder regulamentar previsto no artigo 84, IV, da Constituição Federal.

Desse modo, há evidente exacerbação das atribuições do Poder Executivo ao imiscuir-se no contexto do Poder Legislativo, criando regra nova, por meio de um decreto regulamentar.

Não se olvida, outrossim, que o decreto regulamentar na exata acepção de sua nomenclatura, está adstrito aos próprios limites da lei de onde advém seu fundamento, não podendo, sob essa hipótese, contrariá-la.

Decerto, tanto a Constituição Federal como a lei de benefícios têm por princípio proteger o segurado e, conseqüentemente, a própria sociedade. Nessa ótica, ao invés de melhorar a situação do segurado, a alta programada cria subterfúgio para que não se continue a pagar o benefício, em prol dos interesses meramente administrativos da autarquia previdenciária, em total descompasso com o bem maior a que ela deveria proteger.

Não se mostra consentâneo com os objetivos da Previdência Social, permitir que um sistema ilegal e, diga-se, inconveniente ao beneficiário (pois cria empecilhos ao recebimento do auxílio-doença), continue a existir. Deveras, deveria o sistema da alta programada – prejudicial ao segurado, frise-se – ser extinto, prezando-se pela prevalência das necessidades do ser humano sobre as necessidades do INSS.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. (2006), “Quem foi o gênio que estimou tempo de cura para doenças?” *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-08/quem_foi_genio_estimou_tempo_cura_doencas>. Acesso em: 12 set. 2009.

BARBOSA, Rosana Alves. (2008), *Benefício de auxílio-doença: a ilegalidade da alta programada*. 39 f. (Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Direito) – Faculdade Estácio de Sá, Belo Horizonte, 2008.

BRASIL, *Constituição Federal de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2010.

BRASIL, *Decreto 3.048 de 06 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2010.

BRASIL, *Decreto 5.844 de 13 de julho de 2006*. Acresce parágrafos ao art. 78 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n^o 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5844.htm#art1>. Acesso em: 20 jan. 2010.

BRASIL, *Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2010.

BRASIL. Advocacia Geral da União. (2008), *Súmula n.º 25*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=28325&ID_SITE=>>. Acesso em 13 de novembro de 2009.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social; Ministério da Previdência Social. (2005), *Ata da 117ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Previdência Social*. Disponível em <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_081014-103843-662.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2010.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social; Ministério da Previdência Social. (2006), *Orientação Interna 138 INSS/DIRBEN*. Disponível em: <<http://www.ronichira.t5.com.br/galeria/cerest/doc/Norma%20Interna%20138.doc>>. Acesso em: 18 fev. 2010.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social; Ministério da Previdência Social. (2006), *Portaria MPS 359*. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/66/mps/2006/359.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social; Ministério da Previdência Social. (2010), *Informações Estatísticas Relativas à Segurança e Saúde Ocupacional*. Disponível em: <<http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=500>>. Acesso em 04.04.2010.

BRASIL. *1ª Turma Recursal do Distrito Federal*. Agravo de instrumento n. 650037220074013. Dilson Francisco Cordozo *versus* Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Alexandre Machado Vasconcelos. Brasília-DF. Data da decisão: 08/11/2007. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/JurisJEF/JurisJEFDetalhes.PHP?DOCID=AAA8cZAANAACUGsAAm&Proces=200734009037376&NUM_SUMULA=0&Data=07/12/2007&SECSUBSEC_COD=3400&JUIZ_MAT=84&PROC_CLAS_COD=1013>. Acesso em: 22.03.2010.

BRASIL. *1ª Turma Recursal do Mato Grosso*. Agravo de instrumento n. [2006.36.00.906286-7](#). Tereza Nardi Dudeck *versus* Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Jeferson Schneider. Cuiabá-MT. Data da decisão: 11/01/2007. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/JurisJEF/JurisJEFDetalhes.PHP?DOCID=AAA8cZAALAAA7tUAAL&Proces=200636009062867&NUM_SUMULA=0&Data=11/01/2007&SECSUBSEC_COD=3600&JUIZ_MAT=153&PROC_CLAS_COD=1012>. Acesso em: 22.03.2010.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal da Primeira Região*. Remessa Ex Officio em Mandado de Segurança n. 200433000113095. Márcia Cristina Beisl Vieira de Melo *versus* Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves. Brasília-DF. Data da decisão: 25/2/2008. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/Processos/ProcessosTRF/>>. Acesso em: 22.03.2010.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal da Quarta Região*. Agravo de Instrumento n. 2007.04.00.030905-4. Dominga Terezinha Moreira *versus* Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Luiz Antônio Bonat. Porto Alegre-RS. Data da decisão: 26/05/2008. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2222683&hash=94738abc458732b779d620b23ebcbdbc>. Acesso em: 22.03.2010.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal da Quarta Região*. Apelação em Mandado de Segurança n. 2006.70.00.017889-9. Geraldo Starepravo *versus* Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Sebastião Ogê Muniz. Porto Alegre-RS. Data da decisão: 18/05/2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1651103&hash=33040a144e041abef5b24d1d4c35cfbe>. Acesso em: 22.03.2010.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal da Quarta Região*. Remessa Ex Officio em Mandado de Segurança n. 200670000105975. Carlos Roberto de Carvalho *versus* Chefe da agência da Previdência Social em Curitiba. Relator: Luciene Amaral Corrêa Munch. Porto Alegre-RS. Data da decisão: 19/04/2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1584471&hash=b022667337b76e49e160f92d766b30bd>. Acesso em: 22.03.2010.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal da Terceira Região*. Agravo de Instrumento n. 200703000833040. Maria Helena Ortolani de Lima *versus* Instituto Nacional do Seguro Social. Relatora: Juíza Marianina Galante. São Paulo-SP, data da decisão: 28.11.2007. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>>. Acesso em: 22.03.2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZARRI, João Batista. (2008), *Manual de Direito Previdenciário*. 10ª edição. Conceito, Florianópolis.

CORREA, Leonildo. (2006), “A ilegalidade da alta programada no auxílio-doença”. Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/orione3.htm>>. Acesso em: 22 set. 2009.

CYRINO, André Rodrigues. (2005), *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República*. Fórum, Belo Horizonte.

FRANCISCO, José Carlos. (2009), *Função Regulamentar e Regulamentos*. Forense, Rio de Janeiro.

GABRIEL, Ivana Mussi. (2009), "Poder regulamentar no sistema jurídico brasileiro". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2199. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?>>. Acesso em 22.09.2009.

JORGE, Társis Nametala Sarlo. (2006), *Manual dos Benefícios Previdenciários*. Lumem Juris, Rio de Janeiro. .

JÚNIOR, Miguel Horvath. (2005), *Direito Previdenciário*. 5ª edição. Quartier Latin, São Paulo.

KELSEN, Hans. (2009), *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 8ª ed. WMF Martins Fontes, São Paulo.

LÚCIO, Mário. (2006), "A programada alta anti-trabalhista". *A nova era*. Ano V, n. 30. Disponível em: http://www.anovademocracia.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=469&Itemid=105>. Acesso em 29 de julho de 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (2004) *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada. Malheiros, São Paulo.

MELLO, Vanessa Vieira de. (2001), *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. Dialética, São Paulo.

MENDES, Maurício Matos. (2009), "A alta programada e a previdência social. Aspectos jurídicos da incapacidade". *Jurisway*. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3378>. Acesso em 12 abr. 2010.

MOTA, Daniel Pestana; SALVADOR, Luiz. (2006), "Há um abismo entre o que diz a lei e o que se pratica pelo INSS". *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2006-out-09/abismo_entre_lei_inss_faz>. Acesso em 14 nov. 2009.

MUSSI, Cristiane Miziara. (2005), "O auxílio-doença: as inovações trazidas pelo Decreto nº 5.545/2005 e as distorções referentes ao benefício". *Jus Navigandi*,

Teresina, ano 10, n. 879. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7637>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

NETO, Michel Cutait. (2009), *Auxílio-doença*. 2ª edição. J. H. Mizuno, Campinas.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. (2006), “A ilegalidade da alta no auxílio-doença”. Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/orione3.htm>>. Acesso em: 27 set. 2009.

OLIVEIRA, Marcel Thiago de. (2009), “Alta programada: afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2151. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12882>>. Acesso em: 22 set. 2009.

PEREIRA, Marcelo Augusto Paiva. (2009), “O Decreto Autônomo no Direito Brasileiro”. Disponível em <<http://www.cursofmb.com.br/cursofmbjuridico/artigos/download.php?file=O%20DECRETO%20AUTONOMO%20NO%20DIREITO%20BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2009.

RIBEIRO, Livia Marcela Benício. (2006), “O poder regulamentar”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1064. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8431>>. Acesso em: 22 set. 2009.

ROCHA, Daniel Machado da; JÚNIOR, José Paulo Baltazar.(2003), *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 3ª ed. revista e atualizada. Livraria do Advogado, Porto Alegre.

SALVADOR, Luiz. (2006), “O sistema da Alta Programada serve para o INSS reduzir custos”. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jul-31/alta_programada_serve_inss_reduzir_custos>. Acesso em: 28 jul. 2009.

SECONDAT, Charles Louis de. (2009) *L'esprit des Loix de Montesquieu*, traduzido por Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. 1ª edição, 7ª reimpressão. Juruá, Curitiba.

SILVA, José Afonso da. (1999), *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª edição revista. Malheiros, São Paulo.

TEMER, Michel. (1998), *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª edição revista e ampliada. Malheiros, São Paulo.