

FACULDADE LEGALE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

DULCILEIA FERDINANDO DA COSTA

**AUXÍLIO-DOENÇA E AS MUDANÇAS OCACIONADAS PELA
LEI 13.135/2015**

São Paulo

2015

AUXÍLIO-DOENÇA E AS MUDANÇAS OCACIONADAS PELA LEI 13.135/2015

DULCILEIA FERDINANDO DA COSTA

PALAVRAS-CHAVE

Auxílio-doença, Lei 13.135/2015, Concessão

**Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Pós-graduação do Legale Cursos Jurídicos
como requisito para obtenção do Diploma de
Pós Graduação em Direito da Seguridade
Social.**

**Orientador: Prof. Carlos Alberto Vieira de
Gouveia**

São Paulo

2015

INTRODUÇÃO

Atualmente, vem aumentando muito o número de trabalhadores que após um período de afastamento do trabalho, e ainda incapacitados, acabar por receber alta dos médicos do INSS, ou até mesmo a alta programada.

Devido aos inúmeros afastamentos de empregados, que se encontram impossibilitados de manter suas atividades laborais, o benefício do auxílio-doença está cada vez mais restrito, sendo que a alta programada, ou até mesmo as perícias médicas realizadas pelo INSS, estão dando reiteradas vezes altas a trabalhadores que ainda permanecem incapazes para exercer suas funções laborais.

O trabalhador ao receber alta do INSS, volta ao seu empregador, onde acaba por se deparar com a negativa da empresa em recebê-lo de volta, já que o empregado não está apto ao trabalho.

O INSS, por sua vez, em afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do valor social do trabalho, sem mesmo realizar nova perícia-médica no segurado, lhe dá alta, ficando o trabalhador numa situação denominada pela doutrina como “limbo jurídico previdenciário”.

A falta de legislação que ampare o trabalhador faz com que ele fique sem meios de garantir a própria subsistência, e também a de sua família.

Nesse sentido, alguns doutrinadores vêm buscando indicar parâmetros para que o trabalhador possa efetivamente ver garantidos os seus direitos Constitucionais, devendo lhes serem assegurados o mínimo, ou seja, o direito a uma vida digna, com saúde, lazer e educação.

1 – O SISTEMA DA SEGURIDADE SOCIAL

1.1 Conceito, objetivo e organização

No Brasil atualmente entende-se por seguridade social o conjunto de ações do Estado, que atendam às necessidades básicas do seu povo nas áreas de Saúde, Assistência Social e Previdência Social (IBRAHIM, 2012, p. 4).

Estes três ramos da Seguridade Social estão elencados na Constituição Federal (CF) como direitos sociais, apontados pela doutrina como direitos fundamentais de segunda geração/dimensão, devido à natureza coletiva que possuem (IBRAHIM, 2012, p. 4).

Convém citar que o Brasil ratificou por meio do Decreto Legislativo 269/08, a Convenção 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual dispõe acerca de normas mínimas da Seguridade Social.

As ramificações da Seguridade Social, ou seja, Saúde, Assistência Social e Previdência Social, sempre se baseiam nestes objetivos em suas concretizações.

Não obstante a importância dos aspectos abrangidos pela Seguridade Social, neste momento apenas serão objeto de estudo a Saúde e a Previdência Social.

1.2 Saúde

O artigo 6º da Constituição Federal estabelece como direito social fundamental, entre outros, a saúde.

Este direito está inserido na Constituição Federal de 1988 no título destinado à ordem social, que tem como finalidade o bem-estar e a justiça sociais.

A Carta Magna, em seu artigo 196, também reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, a quem incumbe garanti-la mediante políticas sociais e econômicas, por meio de uma atuação que vise à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Importante ressaltar que o direito à saúde se insere na Constituição Federal como cláusula pétrea, ou seja, há limitação no poder de reforma-la e proibição na sua abolição, a teor do que determina o artigo 60, § 4º da CF (OLIVEIRA, 2011, p. 24).

Portanto, é direito de todo e qualquer cidadão o acesso à saúde, o que não se limita ao acometimento de doenças, mas alcança, principalmente, os cuidados preventivos que garantam o direito à saúde, por isso o atendimento também deve ser feito com objetivo de erradicar as causas de doenças e diminuir os riscos de adquiri-las (OLIVEIRA, 2011, p. 26-27).

1.3 Previdência Social

A Previdência Social é um segmento da Seguridade Social. Segmento este composto de regras, princípios e institutos, que destina-se a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que objetiva proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e à sua família, face às contingências de perda ou redução de sua remuneração, seja de forma permanente ou temporária, nos termos da legislação vigente (MARTINS, 2013, p. 288).

A Constituição Federal de 1988 trata especificadamente do tema nos artigos 201 e 202, localizados no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo II (Da Seguridade Social), Seção III (Da Previdência Social).

A Lei 8.213/1991 disciplina a Previdência Social em todos os seus diversos aspectos, inclusive estabelece os benefícios que serão devidos aos titulares dos direitos previdenciários.

A previdência tem natureza securitária, e como há prévia definição das contingências, caso o segurado seja atingido por evento legalmente previsto haverá cobertura do risco (DIAS, 2010, p. 49).

A previdência brasileira comporta dois regimes básicos, a saber: Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e Regime Próprio de Previdência de Servidores Públicos (RPPS).

Há ainda a Previdência Privada, conhecida como Previdência Complementar, cuja filiação é facultativa e contratual. Trata-se de um sistema autônomo sem qualquer vinculação com os regimes próprio ou geral.

O Regime Geral da Previdência Social é administrado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), Autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência Social.

O objetivo da Previdência Social é a proteção tanto do segurado nos casos de doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade e desemprego, quanto de seus dependentes, nos casos de pensão por morte e auxílio reclusão, além do pagamento do salário-família (BASTOS, 2010).

Quanto aos requisitos para se conceder os benefícios, a Previdência Social pressupõe pagamento de contribuições pelos associados do sistema, tendo em vista que conserva fortes traços da teoria dos seguros em geral (TEIXEIRA, 2013, p. 83).

2- AUXILIO DOENÇA

2.1 Principais características

O Auxílio Doença é um benefício previdenciário com previsão na Lei 8.213/91, com algumas alterações trazidas pela Lei 13.135/2015, cujo benefício visa garantir condições de sobrevivência ao segurado que se encontrar incapaz temporariamente para o trabalho, quer seja, por doença decorrente de acidente de trabalho, quer seja de doença ou lesão de qualquer natureza.

Tendo em vista o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o benefício previdenciário de Auxílio-doença, busca efetivar a Dignidade do trabalhador.

Este não é um benefício programado, uma vez que os riscos cobertos decorrem de eventos imprevisíveis (IBRAHIM, Op. Cit. p. 638).

O auxílio-doença decorre da incapacidade temporária do segurado para o exercício de seu trabalho habitual, isto é, a incapacidade deve referir-se ao trabalho e à atividade que o segurado habitualmente desenvolva (DIAS, Op. cit. p. 212).

A concessão do Auxílio Doença se dá a partir do 16º dia de afastamento das atividades laborais, tendo em vista que os primeiros 15 dias são de responsabilidade do empregador (regra que se aplica ao segurado empregado). Sendo o Segurado facultativo, o benefício será concedido pelo INSS desde a constatação médica da incapacidade.

Caso o segurado já possua a doença ou lesão antes de filiar-se ao INSS, não terá direito de receber o auxílio doença, exceto se a incapacidade sobrevier devido a progressão ou agravamento da doença, nos termos do parágrafo 6º do artigo 60 da Lei 8.213/91.

No entanto, o Judiciário tem decidido que, comprovada a inexistência de má-fé do segurado deve ser reconhecido o direito ao benefício (DARTORA; FOLMANN, 2008, p. 317).

Em relação ao direito ao recebimento do Auxílio doença destacamos que, tanto os empregados (segurado obrigatório) quanto o contribuinte facultativo, individual ou o empregado doméstico, tem direito ao recebimento do benefício, como será demonstrado abaixo.

2.2 Os Segurados

São Segurado pelo Regime da Previdência Social, todos aqueles que exerçam atividade remunerada ou aqueles que contribuam mediante pagamento à Previdência, sendo os primeiros chamados de segurados obrigatórios e os segundos de segurados facultativos (DIAS, Op. cit. p. 328).

Segurados obrigatórios são aqueles indicados na Lei, compulsoriamente filiados à previdência social, que contribuem diretamente para o custeio social das prestações (MARTINEZ, 2013, p. 342).

Toda pessoa que contribuir com a Previdência Social poderá ser beneficiado pelo auxílio doença, inclusive aqueles que se encontrarem no período de graça, que é o período em que o segurado deixa de contribuir, mas que devido ao período de contribuição anterior, ainda lhe faculta um período de seguridade ainda que sem efetivar recolhimentos.

De acordo com os artigos 12 e 14 da Lei 8.212/91 e 11 e 13 da Lei 8.213/91, os segurados são simultaneamente contribuintes da Previdência Social e beneficiários.

2.3 Carência

Entende-se por carência o lapso temporal durante o qual o segurado contribui para com a Previdência Social, no entanto sem direitos a certos benefícios. (CARDONE, 2011).

De acordo com o artigo 24 da Lei o “período de carência é o numero mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências”.

Há previsão legal de carência para concessão do auxílio doença, constante no artigo 25, I da Lei 8.213/91, o qual exige o cumprimento mínimo do período de 12 contribuições mensais para que o segurado tenha direito ao benefício.

No entanto, a regra comporta exceções, de acordo com o inciso II, do artigo 26 da Lei 8.213/91

Em ambos os casos o benefício será deferido quando constatadas as situações especificadas acima, desde que a perícia médica do INSS dê parecer favorável, independentemente do cumprimento da carência. (DARTORA, Op. cit., p.316).

2.4 Modalidades de auxílio-doença

2.4.1. Comum

Também conhecido como auxílio-doença previdenciário, esta modalidade tem previsão no artigo 59 e seguintes da Lei 8.213/91. A concessão do benefício depende de avaliação pericial e de acordo com o artigo 60, parágrafo 4º, da Lei 8.213/91, a empresa empregadora tem o dever de encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 dias.

Neste sentido a Lei 13.135/15, implementou o parágrafo 5º, estabelecendo que as perícias médicas poderão ser realizadas por convênio ou acordo de cooperação técnica com empresas: e também por termo de cooperação técnica firmado com órgãos e entidades públicas, especialmente onde não houver serviço de perícia médica do INSS.

De acordo com Alencar (2007, p. 357), o auxílio-doença não poderá ser cumulativo com qualquer aposentadoria ou salário maternidade, e também não poderá ser inferior ao salário mínimo.

2.4.2 Acidentário

O auxílio-doença acidentário decorre de um mal súbito e inesperado, seja por acidente comum, seja por um acidente de trabalho.

O acidente de trabalho é um gênero que comporta duas espécies: acidente típico e a doença ocupacional. Por sua vez, a doença ocupacional pode ser de dois tipos: doenças do trabalho e doenças ocupacionais.

Esta modalidade tem previsão nos artigos 19 e seguintes da Lei 8.213/91 A Lei 11.430/2006 inseriu no ordenamento a figura do Nexo Técnico Epidemiológico.

Nos casos de auxílio-doença acidentário há proteção legal específica, que garante ao segurado o direito à estabilidade provisória de 12 meses, a partir da cessação do benefício, nos termos do artigo 118 da Lei 8.213/91.

2.5. Concessão/cessação do benefício e a reabilitação

A concessão do benefício de auxílio-doença depende de avaliação médica pericial realizada pelo INSS. DE acordo com o parágrafo 4º do artigo 60 da Lei de benefícios, a empresa-empregadora deve encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social, assim que a incapacidade ultrapassar 15 dias.

A cessação do benefício se dá quando finda a incapacidade do segurado, ou seja, após o restabelecimento de suas funções laborais, ou até mesmo pela morte do segurado.

Também são causas de cessação do benefício, a transformação deste em aposentadoria por invalidez ou em auxílio-acidente (DIAS; MACEDO, 2010, p. 215).

O segurado em gozo de auxílio-doença insuscetível de recuperação de sua capacidade para o exercício da atividade habitual, deverá se submeter a um processo de reabilitação profissional, visando com isso possibilitar ao segurado o exercício de novas atividades laborais. Nesse caso o benefício será cessado após a reabilitação do segurado (DIAS, MACEDO, op. cit. p.215).

O objetivo da reabilitação profissional é possibilitar a inclusão no mercado de trabalho daqueles que perderam total ou parcialmente sua capacidade laborativa.

3- LIMBO JURÍDICO PEVIDENCIÁRIO

3.1 Conceito e abrangência

O limbo jurídico previdenciário é o impasse pelo qual o empregado, ao ter seu benefício do auxílio-doença cessado, ao voltar a empresa empregadora, também não é aceito pelo empregador, tendo em vista que é constatado que o trabalhador continua incapacitado para o trabalho, e assim, o segurado fica sem trabalho e sem o benefício.

Com o benefício cessado, e sem poder voltar as suas atividades laborais tendo em vista que o médico do trabalho atesta sua inaptidão laboral, o empregado se vê sem qualquer pagamento, tanto de salário quanto de benefício, ocasionando o referido “Limbo Jurídico Previdenciário”.

O INSS, muitas vezes, mesmo diante de laudos e atestados médicos que atestam a incapacidade do segurado, este tem o benefício cessado, em decisão totalmente contrária a necessidade do trabalhador.

Por sua vez, o empregador também fica numa situação difícil, pois caso receba o empregado, acatando a orientação do INSS, estará prejudicando o trabalhador que não está apto a enfrentar o trabalho, podendo inclusive prejudicar seu quadro de doença., por outro lado se não aceitar o empregado de volta as funções laborais, estará desacatando ordem do INSS, podendo inclusive sofrer ações judiciais por parte do empregado afastado, que fatalmente acaba por buscar na justiça a solução para seu impasse.

Neste sentido, várias são as correntes de entendimento, sendo que atualmente a corrente majoritária está sendo no sentido de que o empregador é responsável pelo funcionário, a partir da alta do INSS, devendo arcar com o ônus de pagar-lhe os salários ainda que não retorne efetivamente às atividades laborais (REZENDE, 2014, consultado em <<http://jus.com.br/artigos/30033>>. Acesso em: 26 set. 2014).

Importante colacionar a seguinte ementa, que defende este entendimento:

TRT-SP-2ª Região-Proc. 00285006920095020361-Ac 4ª Turma. Desembargador Ivani Contini Bramante- Publ. No D?OE de 04.03.201. SUSPENÇÃO DO COTRATO DE TRABALHO. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEVER DE REINTEGRAÇÃO IMEDIATA DO EMPREGADO. Dispões o artigo 63, da Lei 8.212/91, cuja redação é transcrita no artigo 80, do decreto 3.048/99 que “O segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado”. Considerando-se que o empregado em auxílio-doença

é considerado licenciado tem-se, como única peroração lógica que “contrario sensu”, findo o benefício previdenciário, cessa o período de suspensão e o contrato tem sua vigência retomada incontinenti e, por consequência, devem ser adimplidas todas as obrigações legais e contratuais existentes entre as partes, eis que se considera de forma automática o empregado à disposição do empregador.

Em entendimento contrário ao acima exposto, temos o jurista Fernando de Paulo da Silva Filho, que aduz:

(...) Todavia, não se justifica a obrigação de a empresa efetuar o pagamento dos salários, e demais consectários legais, no período em que o trabalhador deveria estar recebendo benefício previdenciário, em virtude de ausência de amparo legal. O fato de o empregado não ter usufruído de qualquer benefício durante o período do seu afastamento, não representa dizer, contudo, que a empresa deva arcar com o pagamento dos salários(...).

O fundamento utilizado pelo jurista, vem amparado nos artigos 59 a 64 da Lei 8.213/91, a qual determina que enquanto o empregado estiver incapacitado para o trabalho terá direito a percepção do benefício de auxílio-doença, razão pela qual não há razão para que o empregador tenha a obrigação de pagar salários, já que o contrato de trabalho, estaria suspenso.

Neste sentido, vale colacionar decisão do TRT-3 – RO – nos autos do processo de nº 000148-29.2010.5.03.0106, publicado no DOE 17/02/2011.

AUXÍLIO-DOENÇA – ALTA MÉDICA ANTES DA RECUPERAÇÃO DO EMPREGADO – IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE SALÁRIOS AO EMPREGADOR. Não existe qualquer preceito de lei que imponha à empresa aceitar o segurado empregado de volta ao emprego ainda convalescente da moléstia ou enfermidade, que impôs a suspensão do contrato de trabalho. Do 16º (décimo sexto) dia do afastamento do emprego por motivo de saúde em diante, a responsabilidade pelo

pagamento dos salários é do INSS, dela não se eximindo pela mera concessão de alta médica antes da hora.

O tema é demasiadamente polêmico e merece bons argumentos para a defesa, necessitando de soluções mais rápidas e diretas, tendo em vista a necessidade do empregado em ver resguardado seu direito a uma vida digna, conforme preceitua a nossa Constituição Federal.

3.1 Possíveis soluções

Um estudo sobre o tema fez surgir algumas possíveis soluções, as quais passamos a apresentar:

De acordo com os ensinamentos da advogada Dra Luara Zanfolin, visando a hipossuficiência do trabalhador, a empresa deve reabilitá-lo, e durante o processo de reabilitação, garantir-lhe uma licença remunerada, até que a questão seja solucionada.

O juiz do trabalho, Dr. Marco Aurélio Marsiglia Treviso, explica que após requerer administrativamente a reconsideração do cancelamento do benefício previdenciário, o empregado não tem alternativa, senão ajuizar ação para alcançar a tutela pendida (TREVISO, 2013, p. 519-520).

No sentido de dirimir quaisquer dúvidas em relação à competência para julgamento das ações, o juiz Dr. Marco Marsiglia Treviso, vai além, e aconselha que os interpretes do direito unifiquem a competência para apreciação das demandas, a fim de atribuir ao empregado a faculdade de ajuizar ação perante a Justiça do Trabalho, nos termos da Emenda Constitucional 45/2004, em face do empregador e também do INSS, para assim possa ser elaborado um único Laudo médico pericial, que ao final conduzirá o magistrado à melhor decisão quanto às partes envolvidas. Deste modo será respeitado o princípio da unicidade de convicção, pois um único órgão do Poder Judiciário irá apreciar o mesmo fato para relações jurídicas distintas, verificando os reflexos de (in) capacidade (TREVISO, Op. cit. p. 528-529.).

Entendemos que a medida acima, indica um bom caminho a ambas as partes, no sentido de que soluções distintas poderiam causar impacto perverso na vida do

jurisdicionado, bem como evita que o judiciário perca sua credibilidade face a ausência de segurança jurídica decorrente de sentenças diversas para um mesmo caso.

4. CONCLUSÃO

Podemos observar no desenrolar deste trabalho que diante de tantos impasses a que o trabalhador é submetido, ainda não há no nosso ordenamento jurídico qualquer alternativa cem por cento viável ao empregado/segurado.

Assim, após as reiteradas altas médicas dadas pelo Instituto de Seguridade Social-INSS, o trabalhador não tem muitas alternativas, senão as longas demandas judiciais.

É certo que o empregado doente merece um tratamento decente, pois ele está inserido no desenvolvimento econômico e social do país (MUSSI, Op. cit. p. 111).

A dignidade do cidadão é afetada, quando o sistema de saúde não garante condições para o atendimento rápido do segurado, que necessita de laudos e exames para apresentar no INSS, para assim, tentar manter o pagamento de seu benefício.

É lamentável que não haja normas que deem guarida ao segurado, e que a falta de assistência que deveria ser assegurada pelo Estado, acabe por deixar o empregado doente sem receber pagamento de benefício do auxílio-doença e também sem pagamentos de salários, ficando assim privado de seu único meio de subsistência, numa verdadeira afronta aos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 3ª ed. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito. 2007.
- BALERA, Wagner. MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- CARDONE, Marly A. **Previdência social e contrato de trabalho**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2011.
- DARTORA, Cleci Maria. **Aspectos relevantes do benefício de auxílio-doença no regime geral de Previdência social**. In: DARTORA, Cleci Maria, e, FOLMANN, Melissa (coords). **Direito Previdenciário – Temas Atuais**. Curitiba: Juruá, 2008.
- DIAS, Eduardo. Rocha. MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito previdenciário**. São Paulo: Métodos. 2010.
- IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2012.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 5ª ed. São Paulo: LTr. 2013.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.
- MUSSI, Cristiane Miziara. **Os efeitos jurídicos do recebimento dos benefícios previdenciários no contrato de trabalho**. São Paulo: LTr. 2008.
- OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. **Uma sistematização sobre a saúde do trabalhador: Do exótico ao esotérico**. São Paulo: LTR. 2011.
- TEIXEIRA, Érica Fernandes. **Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social – Clássicos e novos instrumentos de inclusão social e econômica**. São Paulo. LTR, 2013.
- TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. **O grave problema do trabalhador que é considerado apto pelo INSS e inapto pela empregadora: uma proposta de solução conferida à Justiça do Trabalho para garantia do mínimo existencial**. In: MIESSA, Élisson e, CORREIA, Henrique (orgs). **Estudos aprofundados – Magistratura do trabalho**. Salvador: Editora Jus Podivm. 2013.

SITES CONSULTADOS

- BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Previdência Social: Quantos são e quem são os segurados facultativos da Previdência social?** Informe da Previdência Social. Volume 22, número 02. Brasília: 2010 Disponível em <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/oficce/3_100721-191423-541.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2015.
- FERREIRA, Felipe Antonio Landim. **Mudanças no auxílio-doença entram em vigor no dia 1º de março.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/felipe-ferreira-mudancas-auxilio-doenca-comecam-valer-marco>. Acesso em : 06 mar. 2015.
- REZENDE, Luara Zanfolin Frasson de. **Limbo jurídico-previdenciário trabalhista.** Jus Navegandi. Julho de 2014. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/30033>. Acesso em: 26 set. 2014.
- SILVA FILHO, Fernando Paulo da. **PEriodo de beneficio não renovado pea previdência social suspensão do contrato de trabalho.** Abril de 2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePEso/16,MI177133,21048-Periodo+de+beneficio+não+renovado+pela+previdencia+social+suspensao>. Acesso em 01 dez. 2014.