

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5025299-96.2011.404.7100/RS

AUTOR : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RÉU : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

SENTENÇA

RELATÓRIO.

A Defensoria Pública da União ajuizou a presente ação civil pública em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS na qual postulou que: *a.1) seja determinado às Gerências Executivas do INSS do Rio Grande do Sul, que nos casos de requerimento de benefícios por incapacidade (auxílios-doença e aposentadoria por invalidez), cuja data de agendamento de perícia médica tenha sido fixada em data superior a 30 (trinta) dias da data do requerimento administrativo, implante automaticamente o benefício, desde que preenchidos os demais requisitos (qualidade de segurado e carência, se esta for necessária), a partir do 31º dia do requerimento até a data de afastamento indicada pelo seu médico assistente do SUS/PARTICULAR ou pelo menos até a data da perícia médica; a.2) seja impedido o INSS de cobrar do segurado beneficiado pelo provimento jurisdicional qualquer quantia a título de percepção do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez percebidos, em caso de o médico perito do INSS entender que não fazia jus aos benefícios.* Requereu o deferimento das mesmas medidas em antecipação da tutela, com o arbitramento de multa para a hipótese de descumprimento.

A inicial relata que foi instaurado processo administrativo de assistência jurídica (PAJ 2011/026-1365), na Defensoria Pública da União no Rio Grande do Sul, para acompanhamento de reclamações quanto às datas de agendamento de perícias médicas para obtenção de benefícios por incapacidade, verificando-se que em algumas Agências da Previdência Social- APS havia períodos de agendamento muito superiores a 30 (trinta) dias da data do requerimento administrativo, sem perspectiva de melhora de acordo com as informações prestadas pelas Gerências Executivas. Demonstrou que em 13/6/2001 em dezoito APS os agendamentos superavam o prazo de 30 dias para a realização da perícia. Em Porto Alegre o prazo superava 60 dias. Em relação à matéria de direito, a inicial defende a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública, bem como sobre o cabimento desta em matéria previdenciária. Discorre sobre a seguridade social e a proteção contra a doença e a invalidez, como riscos a serem cobertos pela Previdência Social; sobre o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da Previdência Social; sobre o princípio constitucional da eficiência da administração pública. Por fim, diz que a medida que se impõe para garantir maior eficiência no atendimento dos segurados, deve ser considerado o laudo médico particular para concessão do benefício a partir do 31º dia, até a data da realização da perícia oficial, desde que atendidos os demais requisitos do benefício (carência e qualidade de segurado). Quando o atestado indicar período de afastamento inferior ao prazo para realização da perícia do INSS, deve ser considerado apenas o laudo particular.

O INSS foi intimado para manifestação sobre o pedido liminar, no prazo de 72

horas, conforme o artigo 2º da Lei 8.437/92.

Na manifestação juntada no evento 6, o INSS alegou, em síntese, a litispendência com o processo 5000667-40.2010.404.7100; inadequação da via eleita; ilegitimidade da Defensoria Pública; a limitação territorial da decisão e em função da matéria; que a situação não é tão grave quanto o descrito; que compete ao Ministério da Previdência Social estabelecer normas quanto à perícia médica e que a determinação postulada ensejaria a ocorrência de fraudes.

Foi proferida decisão na qual foram afastadas as alegações de litispendência e de ilegitimidade da Defensoria Pública e postergadas a apreciação do pedido de antecipação da tutela e a análise das demais questões discutidas, bem como foi determinada a remessa dos autos para o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCON, visando alcançar uma solução consensual para a demanda.

Em 15/08/2011 foi realizada audiência, na qual foi determinada a suspensão do processo por 15 dias para análise da proposta de conciliação formulada pelo MM. Juiz Federal Substituto Jurandi Borges Pinheiro. O INSS se manifestou contrariamente à aceitação da proposta (evento 34) e postulou a suspensão do processo por 90 dias, em face das medidas adotadas no âmbito administrativo.

Realizada nova audiência no CEJUSCON de Porto Alegre (16/9/2011), foi agendada e realizada reunião em Brasília, em 30/9/2011, com a presença do Juiz coordenador do CEJUSCON, Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, Presidente do INSS, Procurador-Geral do INSS entre outros representantes da Autarquia.

A seguir, foram realizadas audiências no CEJUSCON dias 04/10/2011 e **31/10/2011**. Nesta foi determinada a suspensão do processo até 29/02/2012.

Após a juntada de documentos, a Defensoria Pública pediu a análise do pedido de antecipação da tutela (evento 59).

Realizadas novas reuniões no CEJUSCON, em 09/03/2012 e 16/03/2012, na qual foi determinado que o INSS implantasse algumas medidas administrativas, com nova suspensão do processo.

Seguiram-se manifestações do INSS (evento 67), Defensoria Pública (73), e INSS juntando documentos, nos quais informou a edição da Resolução nº 202/PRES/INSS, de 17 de maio de 2012, criando o atestado médico eletrônico (evento 75).

A ANMP - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PERITOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL postulou o ingresso no feito como interessada e a revisão do acordo feito na ação, com a suspensão da Resolução 202/PRES/INSS (evento 79).

A Defensoria Pública novamente requereu a apreciação do pedido de antecipação da tutela e juntou documentos (evento 80). Os autos foram devolvidos a esta Vara, onde foi proferida decisão na qual foram indeferidos os pedidos de intervenção da ANMP e da antecipação da tutela, bem como foi determinada a citação do INSS (evento 85).

A Defensoria Pública interpôs Agravo de Instrumento e requereu a intimação do INSS para que prestasse informações, o que foi deferido (evento 96).

Citado (evento 88), o INSS ofereceu contestação (evento 99), na qual fez um histórico dos fatos processuais, relatando as medidas adotadas e acrescentando que desde julho de 2012 foi adotado um plano de ação emergencial, pelo prazo de 90 dias, e um conjunto de metas pra melhoria do atendimento, formalizado pela Resolução nº 224/PRE/INSS. Nas Agências de Porto Alegre e Canoas o tempo médio de espera havia sido reduzido para 43 dias e 47 dias, respectivamente, sendo que somente essas unidades apresentavam tempo médio superior a 30 dias. Na defesa foram ratificadas as preliminares de ilegitimidade da Defensoria Pública da União (sua legitimidade deve ser restrita à defesa dos necessitados), da inadequação da via eleita, da limitação territorial do órgão prolator e da limitação da competência do órgão prolator em função da matéria, conforme fundamentos lançados na manifestação no evento 6. Afirmou que na hipótese de ser deferido qualquer pedido, os efeitos da decisão devem estar limitados aqueles segurados que não possuem uma renda mensal familiar total superior ao limite de isenção do imposto de renda, no âmbito da Gerência Executiva de Porto Alegre e excluídos os benefícios por acidente do trabalho. Quanto à inadequação da via eleita, afirmou que a DPU pretende que o Poder Judiciário crie o prazo máximo de concessão de benefícios para viabilizar o exercício de um direito subjetivo, ou seja, a *tutela específica a um direito subjetivo exclusivamente criado por decisão judicial*; a ausência de prazo para realização de perícia se trataria de uma lacuna técnica, uma omissão legislativa somente suprível via Mandado de Injunção Coletivo, de competência do Supremo Tribunal Federal, ou via legislativa. Haveria inadequação da via eleita e violação do princípio do juiz natural, pois a Ação Civil Pública não pode substituir o mandado de injunção. Deduziu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. A concessão automática de benefício por incapacidade sem perícia seria ato absolutamente ilícito. No mérito, afirmou que o INSS não violou os princípios da eficiência da Administração Pública e da dignidade da pessoa humana. O princípio da eficiência não pode ser afastar da legalidade e a sua concretização depende da análise dos recursos disponíveis, incidindo a cláusula da reserva do possível. A efetivação das prestações positivas dependeria das possibilidades orçamentárias do Estado, no presente caso de *investimentos* em pessoal. Afirmou que a carência de médicos peritos não decorre de comportamento negligente imputável ao INSS, mas de limitações ensejadas pela própria ordem jurídica, por circunstâncias fáticas e por políticas e escolhas públicas traçadas pela própria União. Somente pôde ser realizado concurso para médico recentemente e não é possível a contratação por tempo determinado ou de prestador de serviços, por ser cargo privativo de servidor. O INSS não ficou inerte, tendo realizado concurso no qual foram destinados 41% dos cargos para a região Sul. Afirmou que há uma expansão do número de pedidos de benefícios por incapacidade e dificuldades operacionais para realização das perícias. Foram adotadas diversas ações administrativas para resolução do problema. Ausente a culpa pelo atraso, não se pode judicializar a gestão do atendimento aos segurados, sob pena de violação do princípio da separação de poderes. Haveria violação ao princípio da legalidade, pois não há lei estabelecendo prazo de 30 dias para realização da perícia. A concessão automática possibilitaria a atuação de fraudadores, possibilitando a concessão de benefícios indevidos. A contestação também menciona que a inversão probatória que haveria no pedido de benefício por incapacidade. A ineficiência da Administração Pública não serve de apanágio a que se conceda benefício a quem não preenche os requisitos à obtenção de direito ao mesmo. Discorre longamente sobre poder regulamentar; sobre a possível adoção de um novo modelo de perícias pelo INSS, sobre o princípio da eficiência e do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário; sobre o princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da razoabilidade. Por fim, por analogia deve ser aplicado o art. 41-A da Lei

8.213/91, que prevê prazo de 45 dias para concessão do benefício. O cumprimento do prazo deve ser pelo prazo médio, não caso a caso; devem ser excluídas as situações excepcionais. Junto com a contestação o INSS juntou documentos.

Em resposta à intimação para prestar informações relativas ao número de médicos cadastrados e benefícios concedidos por meio do sistema de Atestado Médico Eletrônico, o INSS se manifestou no evento 103.

A Defensoria Pública da União apresentou réplica, impugnando as preliminares alegadas e reforçando os argumentos para a procedência do pedido (evento 105).

O Ministério Público Federal lançou parecer (evento 113) pela procedência do pedido e juntou documento do inquérito civil público 1.29.000.001523/2009-46, que demonstra o tempo médio de espera de atendimento nas agências do INSS do Rio Grande do Sul em agosto/2012. No Parecer o MPF informa que a situação observada na marcação das perícias iniciais nos benefícios por incapacidade transcende as divisas do Estado do Rio Grande do Sul, eis que foram ajuizadas ações civis públicas similares em outros Estados: Santa Catarina, Paraná, São Paulo e Bahia. Analisa as questões jurídicas envolvidas e salienta que o novo modelo de concessão de benefícios por incapacidade não surtiu os efeitos esperados, sendo que a presente ação em nada prejudicará caso os esforços empreendidos pelo INSS venham surtir os efeitos desejados.

Após manifestações da Defensoria Pública da União e do INSS, houve comunicação da decisão do Agravo de Instrumento 5013845-45.2012.404.0000 que deferiu em parte o pedido de agregação de efeito suspensivo ativo ao recurso.

Após nova manifestação do INSS, os autos vieram conclusos para sentença.

FUNDAMENTAÇÃO.

O INSS, na contestação, alegou preliminares de:

- (a) ilegitimidade da Defensoria Pública da União (sua legitimidade deve ser restrita à defesa dos necessitados),
- (b) da inadequação da via eleita,
- (c) da limitação territorial do órgão prolator;
- (d) da limitação da competência do órgão prolator em função da matéria, e
- (e) da impossibilidade jurídica do pedido.

No despacho inicial pelo qual este Juízo determinou a remessa dos autos ao CEJUSCON para tentativa de conciliação, em análise preliminar e sucinta, até porque não havia sequer citação, foi afastada a preliminar de ilegitimidade ativa da Defensoria Pública, bem como a preliminar de litispendência (não reiterada na contestação).

Interposto o Agravo de Instrumento nº 50138454520124040000 em relação à decisão que indeferiu a antecipação da tutela, em sua resposta o INSS deduziu todas as preliminares suscitadas na contestação, sendo que, exceto a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, as demais questões foram apreciadas pelo eminente Relator, Des. Federal CELSO

KIPPER, nos seguintes termos:

Da inadequação da via eleita

A controvérsia posta na presente ação civil pública não diz respeito à colmatação de lacuna técnica decorrente de omissão legislativa parcial, como afirma do INSS, mas restringe-se à possibilidade de adoção de medida objetivando amparar especificamente os segurados do Regime de Geral da Previdência Social que, ao requererem a concessão de benefícios por incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez) nas Agências da Previdência Social localizadas no Estado do Rio Grande do Sul, não obtenham êxito em realizar a perícia médica administrativa em prazo razoável. De outro lado, cabe ressaltar que os direitos à previdência e à assistência são direitos fundamentais sociais que visam, respectivamente, à proteção dos trabalhadores e seus dependentes nas situações geradoras de necessidades (art. 201 da Constituição), e a concessão do mínimo existencial aos necessitados (art. 203 da Constituição).

Está-se, pois, diante de situação que afeta interesses sociais e individuais indisponíveis, razão pela qual, no caso sub examine, não há se falar em inadequação da via eleita, conforme já restou decidido por esta Sexta Turma (TRF4, Agravo de Instrumento nº 5013752-19.2011.404.0000, 6a. Turma, Des. Federal Luís Alberto D Azevedo Aurvalle, por unanimidade, julgado em 24-11-2011).

Da ilegitimidade da Defensoria Pública da União

A Defensoria Pública da União é prevista constitucionalmente no artigo 134, verbis:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Por outro lado, o inciso LXXIV do art. 5.º da CF/88 tem a seguinte redação:

'LXXIV - O Estado prestará assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos'

Já o art. 1º da Lei Complementar n. 80/1994, na redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009, assim prevê:

'Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5.º da Constituição Federal.'

Ademais, a Corte Especial deste Tribunal definiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para, no exercício de suas funções institucionais, manejar diferentes ações, incluindo a ação civil pública, desde que na defesa dos necessitados (Arguição de Inconstitucionalidade N. 2008.70.00.030789-1/PR).

À vista dessas disposições, esta Turma, no julgamento da Apelação Cível n.º 2007.71.00.010290-7/RS, de minha Relatoria - em que se discutiu, no âmbito de ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública da União, a possibilidade de o INSS abster-se de descontar, das parcelas vincendas de benefícios de pensão por morte, valores pagos em decorrência de antecipação de tutela em demandas que objetivaram a majoração do coeficiente de cálculo dessas prestações com base na nova redação do art. 75 da Lei nº 8.213/91, delineada pela Lei nº 9.032/95 -, decidiu ser lícito definir como 'necessitados', na acepção constitucional do termo (inciso LXXIV do art. 5.º), todos aqueles segurados que, nas ações individuais precedentes, demandaram sob o pálio da assistência judiciária gratuita, na forma da Lei n.º 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que,

justamente, 'Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados'.

Por outro lado, a Terceira Seção desta Corte tem entendido que o limite para concessão da assistência judiciária gratuita é de dez salários mínimos, considerando o rendimento líquido, conforme se extrai do seguinte precedente:

AGRAVO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. 1. Via de regra, para o deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita, basta a simples declaração da parte de não possuir condições de arcar com os ônus processuais, cabendo o ônus da impugnação à parte contrária. Todavia, quando da apreciação da concessão do benefício, pode o Juiz, havendo elementos nos autos, negar a assistência judiciária gratuita. 2. Conforme entendimento deste Tribunal, o limite para concessão da assistência judiciária gratuita é de dez salários mínimos. 3. Inexistindo elementos dos autos no sentido de que os rendimentos da parte autora superam o apontado limite de dez salários mínimos, são devidos os benefícios da assistência judiciária gratuita. (TRF4, Agravo De Instrumento Nº 0005717-24.2012.404.0000, 6ª Turma, DES. FEDERAL CELSO KIPPER, POR UNANIMIDADE, D.E. 18-09-2012)

Nesse contexto, muito embora inexistam, no presente caso, ações individuais precedentes que balizem eventual limitação da tutela coletiva, fato é que o valor máximo de quaisquer dos benefícios atualmente concedidos pela Previdência Social sabidamente não ultrapassa o montante equivalente a dez salários mínimos, razão pela qual entendo desarrazoada a restrição da tutela coletiva nos termos em que postula a Autarquia.

É de salientar-se, também, que, a par do caráter de urgência de que se revestem os requerimentos dos benefícios em questão - já que fundamentados na pressuposição de impossibilidade de o segurado prover suas necessidades básicas em razão de doença incapacitante -, a evidenciar o relevante interesse social posto em causa, a pertinência à defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos de necessitados torna legítima a propositura da presente ação em prol de todos os segurados do INSS, os quais, segundo demonstra a experiência, são, em sua maior parte, hipossuficientes, entendidos por esta Corte como necessitados, na acepção constitucional do termo. Em sentido análogo, colaciono os seguintes precedentes:

AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA AFASTADA. CONEXÃO INDEMONSTRADA. PRORROGAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DE AUXÍLIO-DOENÇA DOS SEGURADOS QUE EFETUAREM PEDIDO DE PRORROGAÇÃO ATÉ SUBMISSÃO À NOVA PERÍCIA MÉDICA. PRAZO PARA CUMPRIMENTO. MULTA DIÁRIA. VALOR. 1. Nos termos do artigo 5º, II, da Lei 7.347/85, com a redação conferida pela Lei n. 11.448/2007, a Defensoria Pública da União possui legitimidade para propor ação civil pública, não se justificando o afastamento de tal preceito enquanto pendente de julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3943. 2. A ação civil pública foi proposta tendo em vista a peculiar situação que envolve a Gerência Executiva de Canoas, como problemas no sistema e falta de peritos para realização dos exames médicos. O fato de tal circunstância ter ensejado a propositura de outra ação civil pública relativa à Gerência Executiva de Porto Alegre, não tem o condão de fazer com que se trate de dano de âmbito nacional. Acrescente-se a isso o fato de que a decisão proferida no âmbito da ação civil pública tem seus limites de eficácia adstritos à competência territorial do órgão prolator, conforme o artigo 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97. 3. Omissis (TRF4, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0006376-04.2010.404.0000, 6ª Turma, Des. Federal CELSO KIPPER, POR UNANIMIDADE, julgado em 09/06/2010, grifei)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). 1. A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública questionando a cobrança da taxa de inscrição para realização de Concurso Vestibular. 2. Não há como deixar de considerar que a função constitucional (artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 da CF/1988) atribuída a Defensoria Pública foi a de responder em Juízo por todos os que

comprovarem a insuficiência de recursos, ou seja, estabeleceu uma limitação sob o aspecto subjetivo: compete à Defensoria Pública a defesa dos necessitados. 3. O fato do Concurso Vestibular envolver pessoas que não se enquadrem como hipossuficientes não é razão suficiente para afastar a legitimidade ativa da Defensoria Pública. 4. Determinada a juntada de notas taquigráficas destes autos e da Apelação Cível n.º 2007.71.09.000451-5/RS, julgada na mesma sessão. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007.71.09.000306-7, 4ª Turma, Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, POR UNANIMIDADE, D.E. 07/10/2008, grifei)

Da limitação territorial dos efeitos da ação civil pública

Quanto à questão relativa à limitação territorial dos efeitos da ação civil pública, destaco, inicialmente, que o art. 16 da Lei nº 7.347/85 passou por transformação em sua redação, a saber:

a) Redação original:

'A sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.'

b) Redação dada pelo art. 2º da Lei nº 9.496/97, cuja origem é a MP nº 1.570/97:

'A sentença cível fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.'

O art. 2º da Lei nº 9.494/97, por sua vez, sofreu os seguintes acréscimos:

' Art. 2º A: A sentença cível prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único - Nas ações coletivas propostas contra entidades da administração direta, autárquica ou fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços'.

(Redação dada pela MP nº 1.789-1/99)

'Art. 2º A: A sentença cível prolatada em caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único - Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços'.

(Redação dada pela MP 2.180-35/2001)

A propósito das alterações referidas, colho a manifestação de Hely Lopes Meirelles:

'Atendendo aos reclamos dos tribunais e da doutrina, aos quais nos referíamos nas edições anteriores da presente obra e numa tentativa de aperfeiçoamento da legislação vigente, a Lei n. 9.494/97, de 10.9.1997, alterou a redação do art. 16 da Lei 7.347/85, esclarecendo no seu art. 2º que 'a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)'. Assim, buscou-se afastar a tentativa de atribuição de efeitos nacionais a decisões meramente locais. Como já assinalado, o STF, em 16.4.97,

rejeitou o pedido de liminar feito na ADIn n. 1.576 contra o mencionado artigo, que constava da Medida Provisória n. 1.570/97'.

(in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, 26ª edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, 2004, págs. 240/241)

A citada decisão do Supremo Tribunal Federal vem assim ementada:

'TUTELA ANTECIPADA - SERVIDORES - VENCIMENTOS E VANTAGENS - SUSPENSÃO DA MEDIDA - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ao primeiro exame, inexistente relevância jurídica suficiente a respaldar concessão de liminar, afastando-se a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, no que limita o cabimento da tutela antecipada, empresta duplo efeito ao recurso cabível e viabiliza a suspensão do ato que a tenha formalizado pelo Presidente do Tribunal a quem competir o julgamento deste último. LIMINAR - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ANTECIPADA - CAUÇÃO - GARANTIA REAL OU FIDEJUSSÓRIA. Na dicção da ilustrada maioria, concorrem a relevância e o risco no que o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570/97 condicionou a concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, à caução, isso se do ato puder resultar dano a pessoa jurídica de direito público. SENTENÇA - EFICÁCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator.'
(ADI-MC nº 1576- UF, Tribunal Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento em 16-04-1997, DJ 06-06-2003)

Cabe transcrever, pela explicitação que faz, excerto do voto do Ministro Marco Aurélio Mello, Relator:

'A alteração do artigo 16 ocorreu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia erga omnes da sentença proferida na ação civil pública. Entendo que o artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, harmônico com o sistema Judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, a coisa julgada erga omnes da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia erga omnes sempre ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo - difuso ou coletivo - não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança de redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeito erga omnes na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário'

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, igualmente, afirmou-se no sentido de que a sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a novel redação dada pela Lei 9.494/97: EREsp nº 293.407/SP, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 01-08-2006; Resp nº 422671-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 30-11-2006; EREsp 411529/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Dje de 24-03-2010; AgRg nos EREsp 253589/ SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, DJe 01-07-2008; EREsp 399.357, Segunda Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 09-09-2009.

Também nesse sentido já se manifestou esta Corte: AG n.º 2009.04.00.032855-0, Sexta Turma, de minha Relatoria, D.J. 12-01-2010; AC n.º 2002.72.05.001195-1, Quinta Turma, Relator Luiz Antonio Bonat, D.E. 12-05-2008; APELREEX n.º 2008.71.04.000965-0, Sexta Turma, de minha Relatoria, D.E. 21-10-2009; e AC n.º 2006.71.17.001095-3/RS, Quinta Turma, unânime, Rel. Juiz Federal Luiz Antonio Bonat, julgada em 11-03-2008.

Ocorre, contudo, que a regra geral posta no aludido art. 16, restringindo a coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator, comporta exceções, em se tratando de ações que versem sobre interesses que transbordem os limites da circunscrição territorial do órgão prolator da decisão e que não possam ser divididos, como, por exemplo, considerar-se um alimento

nocivo à saúde humana no Estado do Rio Grande do Sul e não em Santa Catarina; proibir o fumo em um voo enquanto a aeronave não sair de seu Estado, depois passar a permiti-lo, ou, ainda, considerar-se poluído um rio, ainda que percorra cidades pertencentes a circunscrições diferentes, somente no âmbito territorial da circunscrição do órgão prolator da decisão.

No caso dos autos, afigura-se-me inviável aplicar a restrição dos efeitos da decisão aos limites da competência do órgão prolator. A própria natureza do pedido formulado nos autos da ação civil pública promovida pela Defensoria Pública da União e, por via de consequência, também a natureza do provimento judicial alcançado, demonstram a impossibilidade da restrição dos efeitos da decisão a uma determinada circunscrição territorial apenas. Isso porque, na espécie, a ação civil pública está fundamentada justamente nas alegações de que a demora para a realização das perícias judiciais indispensáveis à análise dos pedidos de benefício por incapacidade está disseminada por todo o Estado do Rio Grande do Sul, ou seja, de que não se trata de uma questão pontual em uma ou outra cidade, derivada de eventuais peculiaridades locais, mas sim de um problema estrutural que atinge difusamente todo o Estado e que, por isso, deve ser solucionado mediante adoção de medidas administrativas de conjunto. Se assim não fosse, inexistiriam razões para o INSS ter apresentado, por ocasião das audiências realizadas no âmbito do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, diversas propostas com vistas à redução do tempo médio de espera de atendimento dos segurados nas Agências de todo o Estado.

Raciocínio diverso poderia levar a situações diametralmente opostas ao que se pretende nesta ação civil pública, o que não se pode admitir. Com efeito, considerando-se que, no caso concreto, a ação civil pública tramita perante a 1ª Vara Previdenciária de Porto Alegre, a limitação dos efeitos da ação a tal Subseção Judiciária poderia levar o INSS, no afã de cumprir a determinação judicial, a deslocar material humano para a Capital, a partir de outras localidades do Estado, em detrimento dos municípios que estão sob jurisdição das demais Subseções Judiciais Federais do Rio Grande do Sul, levando, em última análise, à total ineficácia do provimento jurisdicional.

Assim, a despeito de ser a regra geral no sentido de que, em sede de ação civil pública, se restringe a coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator, entendo que, no caso dos autos, a natureza específica do pedido e do provimento judicial impedem tal restrição, devendo a presente decisão estender-se a todo o Estado do Rio Grande do Sul

Da limitação dos efeitos da ação civil pública em razão da matéria

De acordo com a norma insculpida no art. 109, I, da Constituição Federal, não compete à Justiça Federal julgar causas em que se controverte acerca de benefícios decorrentes de acidente do trabalho, devendo, pois, ser acolhida a preliminar de limitação dos efeitos da ação civil pública em razão da matéria, restringindo-se a tutela coletiva aos benefícios por incapacidade de natureza previdenciária.

Tendo sido submetidas essas questões preliminares à apreciação da segunda instância e tendo sido apreciadas, mesmo que em decisão monocrática, não cabe ao Juízo de primeiro grau analisá-las novamente, sob pena de inversão de instâncias. Mesmo entendendo que não haja preclusão *pro judicato* nessas questões, de forma que o Juiz pode reapreciá-las na sentença mesmo quando tenha se pronunciado sobre elas em decisão anterior, entendo que tal não pode ocorrer quando tenha sido submetida à questão ao órgão recursal, sob pena de se atribuir uma total irrelevância à decisão colegiada e ao sistema recursal.

Veja-se que se o Tribunal acolhe a alegação de ilegitimidade ativa, por exemplo, não se cogitaria da possibilidade de o Juiz de primeiro grau proferir decisão em sentido contrário, refutando a alegação e enfrentando o mérito da demanda, a despeito do resultado do julgamento do Agravo. A mesma lógica deve prevalecer quando a decisão de segundo grau tenha afastado a preliminar, de modo que não é mais viável a sua análise na sentença.

Da decisão proferida em agravo de instrumento caberá recurso especial ou extraordinário, ou ambos, que ficará retido nos autos e que deve ser reiterado no prazo para interposição ou para contrarrazões do recurso contra a *decisão final*, ou seja, que aprecia o mérito (art. 542, 3º, do CPC). Isso demonstra que há preclusão da matéria apreciada no agravo de instrumento, no qual são resolvidas de forma definitiva as questões preliminares apreciadas na decisão interlocutória.

Impossibilidade jurídica do pedido.

O INSS deduziu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. A concessão automática de benefício por incapacidade sem perícia seria ato absolutamente ilícito.

Não merece acolhimento da preliminar, visto que o acolhimento do pedido, para a fixação de prazo máximo para realização de perícia médica, sob pena de concessão de benefício de forma automática, é ato que se insere no controle jurisdicional da Administração Pública, levando em conta o direito fundamental dos segurados da Previdência Social à proteção social contra o risco da doença, a despeito da inexistência de texto legal expresso estabelecendo essa possibilidade, pois, nesse caso, não haveria razão para a própria existência do processo.

A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando o pedido está expressamente excluído *a priori* da possibilidade de deferimento, não tendo nenhuma condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, e não quanto simplesmente inexistir texto legal expresso dispondo sobre a pretensão, pois esta pode ser analisada com base em outras fontes do direito, podendo-se recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (CPC, art. 126).

O fato é que atualmente, devido à maximização do direito ao acesso à justiça, o acolhimento da impossibilidade jurídica do pedido, por não ser admissível nem hipoteticamente, está reduzido a poucos casos, como o mandado de segurança contra particular ou a cobrança de dívida de jogo.

A maior parte das vezes as alegações deduzidas nesta preliminar confundem-se com o mérito do pedido, sendo motivos para o julgamento de improcedência e não para o afastamento da prestação jurisdicional. Conforme anota Ovídio Batista da Silva, *não é de demais registrar, todavia, o fato de haver LIEBMAN, partir da terceira edição de seu célebre Manual de direito processual civil - editado na Itália em 1973 -, excluído a 'possibilidade jurídica do pedido' como uma das condições da ação. Mesmo assim, continua-se no Brasil a incluí-la entre elas.* (Curso de processo civil (processo de conhecimento). 3 ed. Porto Alegre, Fabris, 1996, p. 84).

A discussão a respeito da possibilidade jurídica do pedido como condição intermediária para a *prestação jurisdicional* é, na realidade, mais afeta teoricamente à Filosofia do Direito, por dizer respeito à disputa entre a plenitude do ordenamento ou o reconhecimento da existência de lacunas. Conforme leciona Moniz de Aragão nos Comentários ao Código de Processo Civil, da editora Forense:

O direito brasileiro há longo tempo conhece preceitos que autorizam o juiz a decidir as causas que lhe sejam submetidas, ainda mesmo que falte uma previsão legislativa a seu respeito, se que se possa, portanto, negar sumariamente a pretensão, por se reputar formada, em caso tal, a vontade negativa da lei, a que alude Chiovenda. [...]

Apesar das intermináveis disputas doutrinárias em torno do assunto, o certo é que o juiz faz papel de legislador toda vez em que depara com ausência de norma legislada. Por maior que seja o empenho dos defensores da corrente oposta, o envio do juiz aos costumes, à analogia e aos princípios gerais do direito nada mais é do que a recomendação de que proceda como, em idêntica situação, faria o próprio legislador, que se vale das mesmíssimas fontes, pois as leis são obras de invenção. [...]

Em face dessas considerações, parece que o verdadeiro conceito da possibilidade jurídica não se constrói apenas mediante a afirmação de que corresponde à prévia existência de um texto que torne o pronunciamento pedido admissível em abstrato, mas, ao contrário tem de ser examinado mesmo em face da ausência de uma tal disposição, caso em que, portanto, essa forma de conceituá-la seria insuficiente.

Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare em abstrato o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica. (Aragão, Egas Moniz de, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, 9ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 394-396).

No presente caso o bem jurídico pretendido e a via processual escolhida são admitidos pelo ordenamento jurídico vigente, não havendo que se falar em impossibilidade jurídica do pedido.

MÉRITO.

Por meio desta ação civil pública a Defensoria Pública da União busca a solução para um dos problemas crônicos e graves do INSS, especialmente no Rio Grande do Sul, de difícil normalização do âmbito administrativo, e com consequências nefastas a muitos segurados, como se pode presumir, nas situações e momentos em que se encontram incapacitados para o trabalho e, ao postular o benefício de auxílio-doença, se deparam com o agendamento de perícias para datas distantes, conforme muito bem detalhado na inicial.

Problema semelhante já havia sido enfrentado em ações civis públicas anteriores, nas quais foi discutida a 'alta programada', quando o segurado, ainda incapaz, tinha que se submeter a nova perícia para a continuidade do seu benefício, em face do pedido de prorrogação, e o agendamento ocorria para data superior a um mês, fazendo com que houvesse a descontinuidade do benefício. Por ocasião do ajuizamento dessas ações, o INSS noticiou a realização de concurso para peritos e que o problema deveria ser solucionado em curto espaço de tempo, o que acabou não ocorrendo, e com isso resultando na situação que levou ao ajuizamento desta nova Ação Civil Pública.

Diante desse contexto, ao invés de decidir o pedido de antecipação da tutela imediatamente, em decisão que poderia ser atacada até mesmo com base em argumentos genéricos tanto quanto estéreis, *como manifesto interesse público* ou *grave lesão à ordem e à economia públicas*, preferi submeter o presente processo ao CEJUSCON para que fosse buscada uma solução consensual e efetiva não para o processo apenas, mas para o problema que deu origem à lide, o que passava por uma discussão mais aprofundada das suas causas e da sua amplitude, a ser feita, em grande parte, pelo próprio INSS, especialmente com a adoção de uma nova forma de gestão dessa área e de medidas administrativas diversas.

Na realidade, tratava-se de um problema administrativo grave e que a própria Autarquia, imaginava-se, tivesse interesse em solucionar, como de fato demonstrou ao longo de toda a tramitação do feito, especialmente nas inúmeras tratativas travadas no âmbito do CEJUSCON, onde adotou, por seus procuradores e até mesmo por seu Presidente, uma atitude colaborativa e buscou formas de melhorar a gestão dessa atividade, em grande parte pela existência deste processo e dos processos semelhantes.

Registre-se que, segundo noticiou a Autarquia (evento 123), houve a realização do concurso público, sendo destinadas 41% das 375 vagas disponíveis para a região sul do País, fato que somado ao concurso de remoção interno elevou o número de peritos no Estado do Rio Grande do Sul de 138 para 170. Além disso, o INSS tomou as seguintes providências administrativas, segundo relata:

a) ajuste no agendamento das perícias médicas, conferindo-se prioridade para as perícias médicas iniciais (AX1); b) realização de mutirões de perícias; c) sistema de atestado eletrônico; d) Criação do conjunto de ações e metas pra melhoria do atendimento pela Resolução nº 224/PRE/INSS; e) adoção do 'plano de ação emergencial' através do Memorando Circular nº 01/DIRSAT/INSS. O conjunto de medidas administrativas, logrou êxito, tanto que no mês de agosto, somente as Gerências Executivas de Porto Alegre e Canoas tiveram prazo superior a 30 (trinta) dias, sendo o prazo de Porto Alegre de 43 dias e de Canoas de 47 dias. (PET1, evento 123).

A despeito desse contexto, o certo é que a violação ao direito básico dos segurados de obterem benefício por incapacidade em tempo razoável continuou existindo, embora em menor proporção que o verificado anteriormente, em especial nos períodos relatados na inicial, que demonstravam uma situação caótica. Conforme os documentos juntados no evento 18 do processo 5013845-45.2012.404.0000 (Agravado de Instrumento), as datas disponíveis para marcação de perícia em consulta à página virtual do Ministério da Previdência Social, realizada em 06-12-2012, eram as seguintes: Pelotas, dia 28-01-2013 (52 dias); Porto Alegre, dia 22-02-2013 (76 dias); Canoas, dia 25-02-2013 (79 dias).

Assim, impõe-se o acolhimento parcial do pedido.

Tendo em vista que o eminente Desembargador Federal Celso Kipper, em sua decisão que deferiu a antecipação da tutela, muito bem analisou os fundamentos da demanda, peço vênias para transcrever parte de seus fundamentos como razões de decidir:

Pois bem, conquanto seja certo que o Instituto Previdenciário, ao longo dos aproximadamente doze meses em que o processo esteve no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCON, em busca de composição amigável entre as partes, tenha efetivamente demonstrado uma conduta positiva no sentido de implementar medidas objetivando a redução do tempo médio de espera para a realização de perícias médicas, dentre as quais se destaca a realização de concurso público para contratação de novos peritos médicos, a conciliação não obteve êxito, tendo a Defensoria Pública da União, por meio de simulações de marcação de perícias junto ao INSS (evento 1, INICI, fls. 13-18), demonstrado que o tempo de espera tem excedido o que se pode considerar como razoável em diversas partes do Estado do Rio Grande do Sul, em franca oposição ao que ocorre em grandes centros urbanos do país.

Destaco, nesse sentido, que, em consulta recente à página virtual do Ministério da Previdência Social (realizada em 06-12-2012), cuja juntada aos autos ora determino, verificou-se, a título de exemplo, que as datas disponíveis para realização de perícia médica eram as seguintes: Pelotas, dia 28-01-2013 (52 dias); Porto Alegre, dia 22-02-2013 (76 dias); Canoas, dia 25-02-2013 (79 dias). Por outro lado, o tempo de espera em grandes cidades do Brasil era sensivelmente menor,

sendo possível a realização do exame médico no INSS ainda no ano de 2012: Salvador-BA, em 14-12-2012 (08 dias); São Paulo-SP, em 19-12-2012 (13 dias); Belo Horizonte-MG, em 20-12-2012 (14 dias); Rio de Janeiro-RJ, em 26-12-2012 (20 dias).

Constata-se, a partir de tais dados, o seguinte: a) o agendamento de perícias médicas em várias localidades do Estado do Rio Grande do Sul tem se dado para data excessivamente longínqua, excedendo em muito o que seria razoável; b) a demora na realização de perícias médicas não é episódica ou eventual, mas constante e entranhada no sistema administrativo gaúcho há um bom tempo - lembro que já se davam por ocasião do ajuizamento desta ação, há mais de um ano; c) há um evidente contraste entre os prazos necessários à realização das perícias se considerada, de um lado, a situação em vários municípios gaúchos e, de outro, em capitais de Estado muito mais populosas (casos de São Paulo e Rio de Janeiro, por exemplo), onde as perícias são realizadas em prazo muito menor; d) as medidas adotadas pelo INSS a partir do ajuizamento desta ação não se tornaram eficazes, pois não se nota diminuição substancial nos prazos dos exames periciais.

Tais constatações demonstram, em primeiro lugar, violação ao princípio da eficiência da Administração, insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal, e no art. 2º, caput, da Lei n. 9.784/99. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO demonstra que o princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo, o da 'boa administração'. Vejamos suas palavras:

'A Constituição se refere, no art. 37, ao princípio da eficiência. Advirta-se que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração'. Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa 'do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto'. Tal dever, como assinala Falzone, 'não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico'. Em obra monográfica, invocando lições do citado autor, assinalamos este caráter e averbamos que, nas hipóteses em que há discricionariedade administrativa, 'a norma só quer a solução excelente'. Juarez Freitas, em oportuno e atraente estudo - no qual pela primeira vez entre nós é dedicada toda uma monografia ao exame da discricionariedade em face do direito à boa administração -, com precisão irretocável, afirmou o caráter vinculante do direito fundamental à boa administração. (Bandeira de Mello, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, Ed. Malheiros, 2009, págs. 122-123)

Nunca é demais lembrar que, no caso em apreço, está em jogo a efetiva proteção de um direito fundamental do trabalhador, que é o de se ver amparado em caso de doença ou invalidez, mediante a obtenção de benefício substitutivo da renda enquanto permanecer incapaz, conforme previsto pelo art. 201, inciso I, da Constituição Federal. Todos aqueles que formulam requerimento para obtenção de benefício por incapacidade por óbvio julgam-se incapazes para a realização de sua atividade habitual, donde se extrai que o pressuposto fundamental dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez é a presença de uma situação de grande vulnerabilidade social, da qual decorre o dever do Estado de, no mínimo, proporcionar ao segurado a possibilidade de realizar a perícia autárquica em prazo razoável.

Ademais, conforme a Lei de Benefícios, o auxílio-doença é devido ao segurado empregado a contar do 16º 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. 60, caput) - do que decorre que o segurado incapaz empregado está desassistido a contar do 16º de afastamento consecutivo, e os demais, a partir do momento que deixam de trabalhar.

Dentro desse contexto, mostra-se absolutamente indefensável a marcação de perícias médicas em prazo longínquo, muitas vezes de quase três meses depois do requerimento. Tal demora chega a ser

abusiva, não só porque deixa ao desamparo os segurados que, efetivamente, não possuem condições de trabalhar, mas também porque em muitos casos representa a negação mesma do direito fundamental ao benefício previdenciário por incapacidade laborativa, na medida em que o segurado pode recuperar a capacidade para o trabalho no ínterim entre o requerimento e a realização da perícia, de forma que esta atestará já não a incapacidade, mas a presença de plenas condições ao trabalho. E o segurado não receberá o benefício, ainda que tenha, por 30, 40 ou 60 dias, padecido de doença ou incapacitação para seu trabalho...

Assim, plenamente aceitável a fixação de prazo para a realização da perícia oficial, não havendo se falar de pedido juridicamente impossível. De fato, sendo a presença de incapacidade laboral um requisito indispensável para a concessão dos benefícios de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez, mas cuja efetiva comprovação ocorre por meio de exame pericial de responsabilidade da Autarquia Previdenciária, como se extrai do art. 42, § 1º, da Lei n.º 8.213/91 (no que toca à aposentadoria por invalidez), e do art. 60, caput e § 4º, também da Lei de Benefícios (quando se trata de auxílio-doença), o INSS, em obediência ao princípio da eficiência, inscrito no caput do art. 37 da Constituição Federal como diretriz basilar da Administração Pública, tem o dever de proporcionar ao segurado a possibilidade de realização da perícia oficial em prazo razoável.

No ponto, impende ressaltar que, conquanto os dispositivos que tratam diretamente dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença não determinem prazo para a realização da perícia médica, o § 5º do art. 42-A da Lei de Benefícios, incluído pela Lei n.º 11.665/08, dispõe expressamente que o primeiro pagamento do benefício será efetuado até 45 (quarenta e cinco) dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão, disposição que claramente tem o escopo de imprimir celeridade ao procedimento administrativo, em observância à busca de maior eficiência dos serviços prestados pelo Instituto Previdenciário, até porque se trata de verba de caráter alimentar. No caso de outorga de benefício por incapacidade, vale salientar que o segurado logicamente deve ser considerado responsável apenas pela entrega dos documentos que estão em seu poder, não podendo ser prejudicado pela demora da Administração Pública em realizar o exame que tem por objetivo a comprovação da existência de incapacidade laboral.

Aqui já se delinea que o intervalo de tempo de 45 dias pode ser entendido como limite máximo para a realização da perícia oficial. Este Tribunal, aliás, adota tal prazo em situações similares, especificamente para o cumprimento imediato do acórdão no tocante à implantação de benefício, quando a parte autora da ação previdenciária não está em gozo de qualquer benefício (TRF4, 3ª Seção, Questão de Ordem na AC n. 2002.71.00.050349-7/RS, Rel. para o acórdão Des. Federal Celso Kipper, julgado em 09-08-2007).

Em assim sendo, a marcação de perícias médicas em prazo superior a 45 dias viola não somente os princípios constitucionais da eficiência e da razoabilidade, mas também o § 5º do art. 42-A da Lei de Benefícios.

Por outro lado, ao examinar os fundamentos da decisão agravada e aqueles trazidos pelo INSS, observei que o suposto caráter temerário e retroalimentador da medida postulada é apontado como óbice à sua adoção.

Ponderando os interesses postos em causa, no entanto, entendo que, embora a possibilidade de implantação do benefício sem perícia oficial prévia (restrita aos casos em que o tempo de espera extrapolar o razoável) possa induzir um aumento no número de requerimentos de benefícios por incapacidade, o risco social ao qual estão submetidos os segurados efetivamente incapacitados, que sequer obtêm êxito em realizar o exame médico pericial em prazo razoável, sobrepõe-se à eventual ação de pessoas que tenham a intenção maliciosa de se aproveitar de uma medida emergencial. Aliás, vale lembrar que quem comprovadamente obtiver vantagem ilegal a partir da presente determinação estará sujeito às sanções não apenas administrativas, mas também cíveis e criminais.

De outro lado, o INSS não poderá cobrar os valores percebidos pelo segurado que tiver o benefício provisoriamente implantado em razão da medida ora postulada, mas cujo benefício for ulteriormente negado por parecer contrário da perícia administrativa, quando esta finalmente for

realizada pelo corpo médico da Autarquia, uma vez que o segurado está dispensado da devolução de valores percebidos de boa-fé em razão de provimento jurisdicional.

Muito embora o art. 115, inciso II, da Lei n. 8.213/91 preveja a possibilidade de desconto de pagamento de benefício além do devido, há que se interpretar tal autorização restritivamente, dada a manifesta natureza alimentar do benefício previdenciário, a evidenciar que qualquer supressão de parcela deste comprometeria a subsistência do segurado e seus dependentes, em afronta ao princípio do respeito à dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88).

[...]

Em suma, parece-me cristalino que a medida pleiteada deve ser entendida como um meio excepcional de atendimento aos segurados que não obtêm êxito na realização da perícia médica em prazo razoável, enquanto a Administração Pública não implementar medidas eficazes para tanto, e não como um procedimento a ser adotado pela Autarquia de forma permanente; ou seja, não se trata de uma proposta de solução definitiva para o problema atinente ao tempo de espera para a realização do exame médico pelos peritos do INSS.

[...]

À vista de todo o exposto, deverão as Gerências Executivas do INSS do Estado do Rio Grande do Sul, nos casos de requerimento de auxílios-doença e de aposentadorias por invalidez previdenciários (excluídos, portanto, os decorrentes de acidente de trabalho) cuja data de agendamento de perícia médica tenha sido fixada em data superior a 45 (quarenta e cinco) dias da data do requerimento administrativo, implantar automaticamente o benefício de auxílio-doença (desde que preenchidos os requisitos da qualidade de segurado e carência mínima, se necessária), ainda que se trate de requerimento de aposentadoria por invalidez, a partir do 46º dia do requerimento até a data de perícia oficial que constatar a capacidade laboral, devendo, porém, ser mantido o benefício caso a perícia administrativa aponte incapacidade temporária para a atividade habitual (pelo prazo definido pelo perito do INSS) ou, na hipótese de restar constatada incapacidade total e permanente, convertido em aposentadoria por invalidez, estando dispensados da devolução de valores percebidos em razão da implantação automática do benefício os segurados que sejam considerados aptos para o trabalho pela perícia autárquica.

Esclareço que, por se tratar de uma medida emergencial que objetiva amparar os segurados na hipótese de a perícia administrativa ser agendada para data que redunde em prazo de espera que extrapole o razoável, o benefício a ser implantado provisoriamente deverá, sempre, ser o de auxílio-doença previdenciário, mesmo que o segurado tenha formulado requerimento de concessão de aposentadoria por invalidez previdenciária.

De outra parte, a eminente representante do Ministério Público Federal, Dr. Suzete Bragagnolo, observou em seu bem lançado parecer (evento 113):

De fato, a concessão de benefícios por incapacidade em tempo razoável não pode ser obstada pela prestação inadequada do serviço público pelo INSS. Não pode o administrado arcar com o ônus da ineficiência/demora da Administração Pública.

Outrossim, ratificando os argumentos da Defensoria Pública da União, repisa-se que a prestação dos serviços públicos deve ser pautada pelo princípio da eficiência, que impõe a prática de atos breves por parte da administração pública quando isso se fizer necessário. Nas palavras de Odete Medauar⁴, eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão.

Na hipótese, o tempo médio de espera de atendimento (TMEA) referente às perícias médicas continua superior a 30 dias - conforme informações atualizadas acostadas aos autos pela parte autora (Evento 105) -, o que atenta contra o Princípio da Eficiência. [...]

Como bem avaliado nos fundamentos elencados na exordial, a demora na avaliação médica, com TMEA superior a 30 dias, acarreta preocupantes consequências: a) O segurado fica até a data do exame e definição da concessão do benefício sem perceber qualquer renda para a manutenção de sua subsistência e de sua família; b) O segurado é forçado a tentar retornar ao trabalho, mesmo incapacitado, o que poderá agravar ainda mais sua enfermidade; c) Se a incapacidade for de curto e médio tempo, ou seja, se na data da perícia não houver mais incapacidade para o trabalho, a análise pelo perito médico estará em grande parte prejudicada; d) O segurado fica na expectativa de obter a resposta do seu pedido administrativo, e malgrado possuir laudo médico favorável do médico que lhe acompanha, pode ser surpreendido com o indeferimento do pedido, quando somente a partir de então poderá ingressar com ação judicial.

Sendo assim, pretende a Defensoria Pública da União que o INSS seja compelido a realizar perícia médica em prazo razoável, assim entendido como 30 (trinta) dias contados do requerimento administrativo.

Em caso de descumprimento do prazo, postula a implantação automática dos benefícios por incapacidade, desde que preenchidos os demais requisitos, a partir do 31º dia do requerimento até a data de afastamento indicada pelo seu médico assistente do SUS/PARTICULAR ou até a data da perícia médica agendada.

Veja-se que os pedidos são instruídos com atestados médicos do SUS/PARTICULAR, não se podendo por isso falar em concessão desmedida de benefícios. Além disso, a perícia fica mantida, apenas não podendo impedir a percepção de verba de natureza alimentar em tempo razoável. Porém, sobrevindo perícia contrária à incapacidade, obviamente há que ser cessado o benefício. O que não pode é a morosidade da administração impedir o digno exercício de direito do segurado.

O argumento aventado pelo INSS, acerca do risco da utilização de atestados fraudados, não pode servir de óbice à percepção do benefício, uma vez que a má-fé não pode ser presumida. Caso constatada eventual irregularidade ou prática criminosa, o Poder Público deve adotar as medidas cabíveis, com a persecução ética e criminal.

De fato, a previdência é direito social (art. 6º da Constituição Federal - CF) que tem seu conteúdo discriminado no art. 201 da CF, impondo a *cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada* (inciso I). Portanto, trata-se de um direito fundamental social dotado de relevância constitucional, que não pode ser descumprido pela inércia do Poder Público.

A Lei 8.213/91 estabelece em seu artigo 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.*

Portanto, no âmbito normativo não há nenhuma omissão estatal em regulamentar o direito público subjetivo decorrente da norma constitucional que impõe ao poder público um dever de prestação positiva, gerando, por consequência, uma relação jurídica obrigacional entre o Estado e o indivíduo.

Porém, o evento doença, tutelado constitucional e legalmente, muitas vezes constitui uma situação urgente e transitória, pois quando está acometido de alguma doença ou invalidez que o incapacita para o trabalho, normalmente o segurado se encontra em situação de maior vulnerabilidade social, justamente por estar impossibilitado de exercer atividade laboral para prover o atendimento de suas necessidades básicas, pessoais e familiares.

Essa situação faz com que se torne impositivo que o conjunto de atividades administrativas desenvolvidas para atendimento dessas demandas tenha que ser orientado no sentido de dar uma resposta, sobretudo, rápida aos pedidos sob pena de a morosidade implicar, por si só, o descumprimento do dever legal, e com isso comprometer a eficácia do direito social emanado diretamente da Constituição.

Nesse aspecto, a imposição do prazo máximo para a realização de perícia médica e concessão do benefício por incapacidade, sob pena de concessão do benefício até a realização desse exame, decorre diretamente do direito subjetivo do segurado à prestação, e não da mera violação do princípio da eficiência.

No caso concreto, entendo que a violação ao princípio da eficiência é mero argumento de reforço no deferimento do pedido, pois, em geral, a ineficiência administrativa por si mesma não impõe o deferimento de prestações positivas em favor dos favorecidos.

O pedido veiculado na ação deve ser deferido com suporte no fato de que a prestação positiva devida (benefício por incapacidade) é um direito social fundamental e, pelo caráter de urgência de que se reveste, o mero retardamento da análise do pedido por deficiência do aparato administrativo e das políticas públicas adotadas significa o aniquilamento do próprio direito em seu conteúdo essencial.

O segurado empregado que percebe salário do empregador nos primeiros 15 dias de afastamento do trabalho não pode esperar por 60, 90, 120 dias sem qualquer remuneração e sem o benefício destinado a substituí-la. Em muitas ocasiões até mesmo a incapacidade não existirá mais. Tal situação significa grave violação à eficácia do direito social, cuja restauração pode ser feita na via jurisdicional de maneira individual ou coletiva (evitando a proliferação de demandas), não havendo qualquer violação ao princípio da separação dos poderes ou atuação do Poder Judiciário como legislador positivo.

Conforme decidiu o excelso Supremo Tribunal Federal no ARE 639.337, Relator Min. CELSO DE MELLO, em questão que tratava de direito à educação, que assim como o direito à Previdência Social é um direito social fundamental (artigo 6º da CF/88), é legítima a intervenção do Poder Judiciário quando os demais Poderes, por sua omissão, vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. Colhe da ementa da decisão:

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da

Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 3/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Em face disso, conforme bem equacionado na decisão que deferiu a antecipação da tutela, deve ser aplicado o § 5º do art. 41 da Lei 8.213/91 (incluído pela Lei nº 11.665, de 2008) que fixa o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício, após a apresentação da documentação necessária a sua concessão.

Esse prazo deve ser adotado como norte da mora administrativa, de forma que nos requerimentos de benefício por incapacidade, sendo marcada perícia médica para prazo superior a 45 dias da data do requerimento, o INSS deverá implantar automaticamente o benefício de auxílio-doença (desde que preenchidos os requisitos da qualidade de segurado e carência mínima, se necessária), a partir do 46º dia da data do requerimento.

Para tanto, o segurado deverá juntar com o requerimento inicial algum documento médico que indique o início da incapacidade, devendo ser mantido o benefício até a data final indicada nesse documento ou até a data da perícia médica administrativa. A partir desta, o benefício terá a duração conforme a conclusão da perícia administrativa (pelo prazo definido pelo perito do INSS), ou será cancelado a partir dessa data, caso constatada a ausência de incapacidade.

Nessa hipótese o segurado está dispensado da devolução de quaisquer valores recebidos em face da implantação automática do benefício.

Por fim, conforme decidido no Agravo de Instrumento 5013845-45.2012.404.0000, a decisão atinge todos os segurados residentes no Estado do Rio Grande do Sul, que requeiram benefício em todas as Agências da Previdência Social dessa área territorial.

A presente decisão não abrange os benefícios decorrentes de acidente de trabalho.

Tendo em vista que a antecipação da tutela já está sendo cumprida, conforme a Resolução nº 278/PRES/INSS, de 21 de março de 2013, desnecessária a fixação de multa nesta sentença.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para:

a) determinar que o INSS implante automaticamente o benefício de auxílio-doença, a partir do 46º (quadragésimo sexto) dia da data do requerimento, quando nos requerimentos de benefício por incapacidade (excluídos os decorrentes de acidente do trabalho) a perícia médica for marcada para prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias da data do requerimento (caso atendidos os requisitos da qualidade de segurado e carência e desde que o segurado apresente documento médico - atestado ou laudo, que indique a data de início da incapacidade);

b) determinar que o INSS se abstenha de exigir a devolução de quaisquer valores recebidos em face da implantação automática do benefício de auxílio doença.

Esta decisão alcança os segurados residentes no Estado do Rio Grande do Sul, que requeiram benefício em todas as Agências da Previdência Social dessa área territorial.

Sem custas e honorários, em face da natureza da lide e pelo fato de ser patrocinada pela Defensoria Pública da União.

Defiro vista aos Advogados requerentes (eventos 133, 134, 135).

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Havendo interposição de apelação, verifique-se a sua regularidade e se lhe dê seguimento, nos termos da Lei.

Transcorrido o prazo, com ou sem interposição de recursos voluntários, subam os autos ao E. TRF da 4ª Região, por se tratar de sentença sujeita ao reexame necessário.

Porto Alegre, 30 de abril de 2013.

BRUNO BRUM RIBAS
Juiz Federal Substituto

Documento eletrônico assinado por **BRUNO BRUM RIBAS, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9341916v20** e, se solicitado, do código CRC **BA524F9C**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Bruno Brum Ribas

Data e Hora: 02/05/2013 18:11
