

A VEDAÇÃO AO RECEBIMENTO CUMULATIVO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE E DE REMUNERAÇÃO PELO TRABALHO E A SÚMULA 72 DA TNU: ANÁLISE CONCILIATÓRIA

Marcelo Di Battista Mureb: Procurador Federal,
membro da Advocacia Geral da União, lota na
Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS.

É cediço que a concessão dos benefícios por incapacidade tem por requisito obrigatório, dentre outros, a incapacidade do segurado de exercer sua atividade profissional habitual. Essa impossibilidade tem que ser total, podendo ser temporária, no caso do auxílio-doença, ou permanente, no caso da aposentadoria por invalidez.

Não se nega, entretanto, que, no *iter* percorrido desde um indeferimento administrativo do benefício até uma eventual sentença de procedência concessiva do mesmo, por muitas vezes, ainda que sem estar em plenas condições para tal, o segurado se veja na necessidade de retornar ao trabalho para prover seu sustento e de sua família sem que estivesse, sob o ponto de vista clínico, apto a tanto.

Por diversas vezes, o fato de o segurado ter, comprovadamente, exercido atividade laborativa remunerada era utilizado como um argumento para se rebater a conclusão de um laudo pericial que apontava a incapacidade para o trabalho.

O raciocínio era meramente silogístico: o laudo aponta que o indivíduo está absolutamente incapacitado de exercer sua atividade habitual, entretanto, se comprova através dos cadastros da Previdência Social que essa atividade a qual o indivíduo não teria condições de desenvolver foi e ainda é exercida, portanto o perito estaria errado em sua análise e conclusão.

Esse tipo de argumento jamais teve boa aceitação por parte do Poder Judiciário, que entendia que, em linguagem corrente, não poderia se condenar o segurado a morrer de fome em razão de um erro na avaliação dos peritos do INSS, cujos laudos, embora se constituam atos administrativos

dotados de presunção de legitimidade, não gozariam da mesma imparcialidade dos confeccionados pelos peritos do juízo, equidistantes às partes.

A partir dessa controvérsia, chegou-se à outra, de deslinde mais sutil e complicado: e o pagamento dos valores retroativos do benefício? Faria jus o segurado a receber a quantia desde a data de início do benefício fixada judicialmente (seja esta a data do requerimento, seja a data da realização da perícia), embora tivesse, durante todo o lapso, auferido salário pelo exercício da atividade a qual, em verdade, estava inapto a desenvolver?

Os questionamentos não tardaram a chegar ao Judiciário, e a Turma Nacional de Uniformização firmou entendimento redigido no verbete 72 de sua Súmula, vazado nos seguintes termos:

"É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou." DOU 13.03.2013

Para uma correta análise do enunciado, é necessário, primeiramente, definir a natureza do benefício por incapacidade, no caso, do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez. Estes constituem substituição da remuneração do segurado, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o auxílio-acidente e com o salário-família, que têm natureza suplementar. Não é por outra razão que apenas estes últimos benefícios podem ter valor inferior ao salário mínimo, uma vez que apenas complementam a renda do segurado.

Assentada essa premissa, me parece inegável que uma visão global da questão só pode resultar na conclusão de que o ordenamento veda a percepção simultânea de um benefício previdenciário que tem por fato gerador a incapacidade de exercer o trabalho habitual e a remuneração pelo exercício deste mesmo trabalho.

Cumpra, desde já, deixar claro, até mesmo em homenagem a coerência que deve nortear o trabalho de qualquer jurista, que não defendo ser o exercício da atividade laborativa no período considerado como de incapacidade pelo perito uma demonstração irrevogável de erro de avaliação do *expert*.

Tal posicionamento encerraria um formalismo exacerbado e dissociado da realidade, e privilegiaria a análise gramatical em detrimento da fática. Todos nós já passamos por algum momento da vida no qual, embora sob o ponto de vista médico, devêssemos simplesmente ficar em casa e repousar, fomos obrigados pelo trabalho ou pelo estudo a realizar nossas atividades mesmo estando longe do estado de saúde adequado para tanto.

Contudo, uma coisa é admitir que o exercício da atividade habitual possa ocorrer mesmo sem as adequadas condições clínicas. Outra, bem diferente, é aceitar que, além da remuneração pelo serviço prestado, o segurado receba, posteriormente, um benefício que tem a natureza substitutiva desta remuneração, e que tem por fato gerador justamente a impossibilidade de realização do serviço.

Essa situação configuraria, em última análise, uma dupla remuneração pelo exercício da mesma função, dado o caráter substitutivo do benefício.

Note-se que o art. 124, I, da Lei 8.213/91 veda a percepção conjunta de auxílio-doença e aposentadoria:

“Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

I - aposentadoria e auxílio-doença;”

Com efeito, ambos os benefícios têm caráter substitutivo da remuneração, de modo que seria inconcebível que fossem percebidos simultaneamente.

O recebimento conjunto de benefício por incapacidade e remuneração pelo serviço prestado esbarra, ainda, na vedação ao enriquecimento sem causa, que, sobre estar previsto como cláusula geral no art. 884 do CC/02, é um verdadeiro princípio basilar do Direito, calcado, em última análise, na noção vulgar de justiça.

Obviamente, o trabalhador que recebe R\$ 2.000,00, e que é agraciado num processo jurídico com a concessão de um benefício por incapacidade que englobe o pagamento de retroativos até mesmo no período no qual auferiu esta renda pelo serviço prestado, resultando no pagamento de até R\$ 4.000,00 pelo mês de trabalho (caso se trate de aposentadoria por invalidez), tem, no final das contas, uma sensação de que recebeu algo a mais; para ser mais direto, tem a sensação de que “valeu a pena” trabalhar longe das condições ideais.

Essa sensação de que se recebeu mais do que o devido vai exatamente de encontro à vedação do enriquecimento sem causa, e é algo que deve ser inibido – sob pena de ser estimulado – pela legislação e por seus aplicadores e intérpretes.

Note-se que o posicionamento aqui defendido, não obstante vá de encontro ao Enunciado 72 da TNU, já encontra adeptos, mesmo dentro das Turmas Recursais, como se comprova com o recente acórdão da 1ª Turma Recursal, nos autos do processo 0002464-46.2012.4.02.5153/0, do dia 06.11.2013, *verbis*:

Do montante dos atrasados, observo que há período em que a autora laborou (de 03/12/2012 a 31/01/2013 - ALPHATEC S/A – fls. 110). Pois bem, a tal respeito, partilho do entendimento consolidado no âmbito da Turma Nacional de Uniformização de que

Súmula nº 72 - É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou.

Deveras, se a autarquia previdenciária negou/cancelou indevidamente o benefício, obrigando a segurada – para sua sobrevivência - a continuar no mercado de trabalho, a despeito de sua fragilidade médica, deveria haver recebimento do benefício nesse período, em que pese a incompatibilidade entre benefício por incapacidade e exercício concomitante de atividade laboral.

Todavia, inclino-me a posição predominante nesta Turma Recursal no sentido de que não deve haver o pagamento do benefício no período de labor registrado no CNIS, razão pela qual dos atrasados deverão ser excluídas as parcelas relativas aos meses em que o segurado laborou.

Ante o exposto, **CONHEÇO DO RECURSO e DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para excluir da condenação as parcelas do benefício referentes ao período em que o segurado laborou (de 03/12/2012 a 31/01/2013, na ALPHATEC S/A - fls. 110).

Registro, por oportuno, entendimento pessoal, no sentido que o abatimento da remuneração dos valores atrasados do benefício por incapacidade só deve ocorrer nos casos de vínculo empregatício, quando há presunção de que a atividade remunerada foi realmente exercida, já que ônus do recolhimento da contribuição é do empregador nesse caso.

No caso da existência apenas de recolhimentos como contribuinte individual, muito embora estes configurem, juridicamente, uma declaração de exercício de atividade laborativa que implique a filiação compulsória ao RGPS, muitas vezes têm a única finalidade de evitar que o segurado incapacitado perca sua qualidade de segurado e fique desamparado.

Portanto, entendo desarrazoado que se decote o valor dos atrasados dos contribuintes individuais, à míngua de prova irrefutável que realmente houve trabalho remunerado no período, sob pena de se punir um segurado que continuou financiando o RGPS mesmo sem auferir renda.

A conclusão a que se chega neste artigo é a de que constitui uma contradição em termos remunerar duplamente o segurado que exerceu a atividade laborativa fora de suas plenas condições físicas, a uma, com o salário recebido, e a duas, como pagamento de benefício que tem por fato gerador a impossibilidade do exercício deste trabalho.

