



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA-INSS  
RECIFE-PE

**EXMO. SR. DR. JUIZ DA <sup>a</sup> VARA FEDERAL – SEÇÃO JUDICIÁRIA EM PERNAMBUCO**

**Ação especial cível nº**

**Autor :**

**O INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL – INSS**, por sua Procuradora Federal *ex lege* infra-assinada, nos autos da ação de rito especial em epígrafe, já qualificada, que tramita nessa Vara, vem, apresentar **CONTESTAÇÃO**, pelos motivos adiante aduzidos:

**SÍNTESE DA DEMANDA**

Pretende a parte autora a revisão da sua aposentadoria por invalidez, com base no princípio constitucional da irredutibilidade do valor dos benefícios.

Alega o autor, em síntese, que a renda mensal inicial da sua aposentadoria por invalidez foi calculada, observando o que preceitua o art. 36, § 7º do Decreto n. 3048/99, dispositivo que contraria o art. 29, § 5º da Lei n.º 8.213/1991.

**PRELIMINARES**

*I – Da inépcia da Inicial*

É imprescindível que a petição inicial esclareça o que pretende a parte autora com a propositura da ação. Desta forma, é requisito essencial da exordial a exposição clara do pedido autoral.

No presente caso, a parte autora apenas alega que a concessão da aposentadoria por invalidez com base no art. 36, § 7º do Decreto n. 3048/99 (com a alteração do coeficiente do seu benefício de 91% para 100%), em detrimento da aplicação do art. 29, § 5º da Lei n.º 8.213/1991, implicou numa redução indevida no valor do seu benefício.

Ocorre que a parte autora não esclarece como se teria dado a referida redução do seu benefício previdenciário, não demonstrando como tal teria ocorrido.

Veja-se que a demandante formula pedido totalmente genérico, não especificando que tipo de revisão seja efetuada no seu benefício.

Desta forma, pede-se a extinção do presente processo, sem julgamento do mérito, tendo em vista a inépcia da petição inicial.

*II – Da prescrição*

**Ad cautelam, argúi o INSS a prescrição das parcelas vencidas e não reclamadas nos**

**últimos 05(cinco) anos, a teor do contido no artigo 103 da Lei 8.213/91**

III – Da ausência de renúncia expressa

A parte autora, quando da propositura da presente ação, não renunciou expressamente ao valor que exceder a 60 (sessenta) salários mínimos. É cediço que a TUN já pacificou o entendimento de que a renúncia em tais casos deve ser expressa (Súmula nº 17), sob pena da ação prosseguir perante outro Juízo que não o Especial Federal.

**Desse modo, necessário se faz que a parte autora assim proceda por determinação de V. Exa. É o que desde já requer a autarquia ré**

**MÉRITO:**

**I - PERSPECTIVA HISTÓRICA. ART. 29, CAPUT, DA LEI 8.213, ANTES E DEPOIS DA ALTERAÇÃO PROCEDIDA PELA LEI 9.876/1999. A DATA DO AFASTAMENTO DA ATIVIDADE COMO LIMITE DO PERÍODO BÁSICO DE CÁLCULO (PBC).**

Pretende a Parte autora que o valor do salário-de-benefício do auxílio-doença convertido na sua aposentadoria por invalidez integre o período básico de cálculo (PBC) desta última prestação que lhe foi concedida, na qualidade de salário-de-contribuição, devendo ser reajustado nas mesmas datas e pelos mesmos índices dos benefícios do RGPS, afastando-se a aplicação do disposto no art. art. 36, parágrafo 7º, do Decreto 3.048/99.

Trata-se, portanto, de demanda que manifesta tese surgida na Seção Judiciária de Santa Catarina e que veio a ser acolhida pela antiga única Turma de Recursos de Juizados Especiais Federais dessa seção judiciária, que a seu respeito editou a Súmula de n. 09.

Iniciando-se a análise da problemática sob a perspectiva histórica<sup>1</sup> (perspectiva essa que se faz mais premente em controvérsias sobre Direito Previdenciário, ante à natural duração por longos períodos das relações por ele disciplinadas), atenta-se, por primeiro, para um fato expressamente mencionado no precedente supracitado da Eg. TRSC e que levou à edição da Súmula n. 09: O benefício da parte autora daquela demanda iniciou-se em **18/01/2000**. Qual a importância desse fato para a matéria de que se cuida?

É que ele torna manifesto ter a Súmula n. 09 se baseado em precedente que julgou demanda relativa a benefício concedido na vigência da nova redação conferida ao art. 29 da Lei 8.213 pela Lei 9.876/99, redação esta que, efetivamente, **somente poderia ter aplicação a benefícios concedidos a partir da entrada em vigor desse diploma legal (29/11/1999)**. Essa conclusão faz-se mister, haja vista o entendimento de que os benefícios previdenciários regulam-se pela lei vigente quando do surgimento do direito ao benefício, consoante a pacífica jurisprudência do C STF sumulada no verbete de n. 359 (com enunciado alterado no julgamento do RE 72509, ED-Edv, RTJ-64/408): “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade **regulam-se pela lei vigente ao tempo em que** o militar, ou o servidor civil, **reuniu os requisitos necessários.**”

Assim, importa frisar, desde logo – como primeira aquisição relevante do emprego da

---

<sup>1</sup> A perspectiva histórica utilizada limita-se à descrição da evolução da legislação no tempo. É uma investigação da dogmática jurídica em si, não se tratando, portanto, da outra tarefa que também pode compor a investigação histórica do Direito: situar no contexto social as alterações normativas, com ênfase ao estudo daquele contexto. Não obstante, mesmo sob esse aspecto, a interpretação que o INSS dá aos atos normativos sob análise não guarda contradição com as expectativas de justiça da sociedade brasileira, especialmente porque a interpretação da autarquia é a que mais se aproxima do ideal de que os benefícios previdenciários sejam diretamente relacionados à existência de contribuições, sem o que piorará a cada dia a situação do sistema de seguridade e o povo brasileiro terminará por perder o direito social à previdência pública (CF, art. 6º) - o que, como sabido, é aspiração de fortíssimos grupos econômicos.

perspectiva histórica sobre a matéria em comento - que **o entendimento expresso na Súmula n. 09 não pode ser aplicado a benefícios anteriores à data de entrada em vigência da Lei 9.876/99, ou seja, 29/11/1999.**

Já vimos, portanto, que à época da concessão do benefício a que se reporta o precedente da Eg. TRSC referido, já era vigente a redação dada pela Lei 9.876/99 ao art. 29 da Lei 8.213/91, que é a redação vigente até a presente data. Mas comparem-se a redação anterior e a redação vigente a partir da Lei 9.876/99:

Redação original do art. 29, caput e parágrafo 5º, da Lei 8.213/91:

*“Art. 29 O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição **dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade** ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48(quarenta e oito) meses.*

(...)

*§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1(um) salário-mínimo.” (Grifo acrescentado)*

Redação a partir da Lei 9.876/99:

“Art. 29. O salário-de-benefício consiste: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; (Inciso Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.” (Inciso Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

(...)

§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo.”

Como se pode observar, até a entrada em vigor da Lei 9.876/99 o *caput* do art. 29 da Lei 8.213 era expresso em fixar como data final do período básico de cálculo (PBC) dos benefícios a data de afastamento da atividade e a data do requerimento<sup>2</sup>. Logo, no que tange a benefícios por incapacidade, o

---

<sup>2</sup> No tocante à aposentadoria por invalidez precedida por auxílio-doença, não tem pertinência a data de requerimento, vez que a conversão do benefício dá-se de ofício a contar da perícia médica que considere existente a incapacidade para toda e qualquer atividade. Nesse sentido, bem expõe a sentença proferida nos autos de n. 2006.70.51.003668-9, em trâmite perante a 2ª Vara do Juizado Especial Federal Cível de Londrina/PR: “*Como se sabe, a aposentadoria por invalidez, quando decorrente de conversão de auxílio-doença, não é fruto de um requerimento específico do segurado, mas de uma avaliação médica (que se dá ex officio), como prevêem os arts. 42 e 43 da LBPS. É claro que o segurado em gozo de auxílio-doença poder requerer ao INSS a conversão de seu benefício em aposentadoria por invalidez; ocorre, porém que a lei não atribui relevância a esse pedido, já que a conversão e o termo inicial (DIB) não dependem disso, mas da perícia médica que considerar o segurado total e*

*período básico de cálculo* previsto no parágrafo 5º do mesmo estender-se-ia até o mês anterior ao do afastamento da atividade, conjugando-se o parágrafo 5º com o caput do art. 29.

Aprofundando a pesquisa histórica<sup>3</sup>, vê-se que, antes da Lei 8.213/91, o período de cálculo da aposentadoria por invalidez já era contado até o mês anterior ao do afastamento da atividade. Senão, vejamos.

Dispôs a Lei 5.890, de 08/06/1973:

*“Art. 3º O valor mensal dos benefícios de prestação continuada, inclusive os regidos por normas especiais, será calculado tomando-se por base o salário-de-benefício, assim entendido:*

*I - para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio reclusão, 1/12 (um doze avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 12 (doze), apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses; (...)*

*§ 3º Quando no período básico de cálculo o segurado houver percebido benefício por incapacidade, o período de duração deste será computado, considerando-se como salário de contribuição, no período, o salário de benefício que tenha servido de base para o cálculo da prestação”.*

O Decreto regulamentar, de n. 72.771/73, dispôs:

*“Art. 46. O salário-de-benefício corresponderá:*

*I - Para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio reclusão, a 1/12 (um doze avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 12 (doze), apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses; (...)*

*§ 4º Quando, no período básico de cálculo, o segurado houver percebido benefício por incapacidade, o prazo de duração deste será computado, considerando-se como salário-de-contribuição, naquele período, o salário-de-benefício que tenha servido de base para o cálculo da prestação.”*

*“Art. 50. O valor da renda mensal dos benefícios de prestação continuada, ou o de sua parcela básica, mencionada na alínea "a" do item II do artigo anterior, será o resultado da aplicação dos seguintes coeficientes:*

*I - Auxílio-Doença - 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) desse salário por ano completo de atividade abrangida pela previdência social, até o máximo de 20% (vinte por cento), arredondado o total obtido para a unidade de cruzeiro imediatamente superior;*

*II - Aposentadoria por invalidez, por velhice e especial - 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) desse salário por ano completo de atividade abrangida pela previdência social, até o máximo de 30% (trinta por cento), arredondado o total obtido para a unidade de cruzeiro imediatamente superior”.*

Por fim, cita-se o disposto no Decreto 83.080/79 sobre a matéria:

---

*permanentemente incapaz, pericia esta que se realiza de ofício”.*

<sup>3</sup> Segundo MAXIMILIANO em sua obra ao mesmo tempo clássica e atual: *“Mais importante do que a história geral do Direito é, para o hermenêuta, a especial de um instituto e, em proporção maior, a do dispositivo ou norma submetida a exegese. A lei aparece com último elo de uma cadeia, como um fato intelectual e moral, cuja origem nos fará conhecer melhor o espírito e alcance do mesmo. Com esse intuito, o juiz lança uma ponte entre as obscuras disposições o presente e os preceitos correspondentes e talvez claros do Direito anterior.”* MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 138.

*“Art. 37. O salário de benefício corresponde:*

*I - para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, a pensão e o auxílio-reclusão, a 1/12 (um doze avos) da soma dos salários de contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 12 (doze), apurados em período não superior a 18 (dezoito) meses; (...)*

*§ 4º Quando no período básico de cálculo o segurado tiver recebido benefício por incapacidade, o período deste é computado, considerando-se como salário de contribuição nos meses respectivos o seu salário-benefício, reajustado nas mesmas épocas e nas mesmas bases dos benefícios em geral.*

*§ 5º No caso de transformação de auxílio doença em aposentadoria por invalidez ou de benefício por incapacidade em aposentadoria por velhice, o salário-de-benefício deve ser também reajustado, quando for o caso, nas mesmas épocas e nas mesmas bases do benefício em geral.”*

*“Art. 44, § 1º - A concessão de aposentadoria por invalidez, inclusive mediante transformação de auxílio-doença concedido na forma do artigo 75, está condicionada ao afastamento de todas as atividades. (alterado pelo DECRETO Nº 87.374 - DE 8 DE JULHO DE 1982 - DOU DE 9/07/82 - Republicação)”*

A leitura de todos esses dispositivos denota, com relação ao cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez, que seu período básico de cálculo tem tradicionalmente como marco final o afastamento da atividade (Lei 5.890/73, art. 3º, I; Decreto 72.771/73, art. 46, I; Decreto 83.080/79, art. 37, I), o que, conjugado com a disposição sobre o cômputo do período em gozo de auxílio-doença (Lei 5.890/73, art. 3º, parágrafo 3º; Decreto 72.771/73, art. 46, parágrafo 4º; Decreto 83.080/79, art. 37, parágrafo 4º), leva à conclusão de que: Somente os períodos de gozo de auxílio-doença intercalados com o exercício de atividade podem ser computados como salário-de-contribuição, uma vez que o período básico de cálculo da aposentadoria por invalidez estende-se até o mês anterior ao do afastamento da atividade<sup>4</sup>.

Ressalte-se que em todos os atos normativos mencionados conviveram harmonicamente – por assim dizer – a disposição no sentido de que o PBC (período básico de cálculo) da aposentadoria por invalidez estendia-se até o mês anterior ao do afastamento e o dispositivo no sentido de que o salário-de-benefício do auxílio-doença considera-se salário de contribuição, o que levou à conclusão jurídica tradicional no Direito Previdenciário que se consubstancia no preceito do Decreto 3.048/99 (art. 37 parágrafo 6º) cuja aplicação é considerada indevida pela Súmula 09 da Eg. TRSC.

Essa conclusão é de mais evidente clareza diante da redação do art. 29 da Lei 8.213/91 antes de sua alteração pela Lei 9.876/99, que se cita novamente:

*“Art. 29 O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição **dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade** ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48(quarenta e oito) meses. (...)*

*§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1(um) salário-mínimo.” (Grifo acrescentado)*

---

<sup>4</sup> *A propósito, mencione-se que a data do afastamento da atividade tem tanta relevância jurídica no que tange à aposentadoria por invalidez que o Decreto n. 87.374/82 alterou o Decreto 83.080/74 para acrescentar-lhe o já citado preceito no sentido de que: “Art. 44, § 1º - A concessão de aposentadoria por invalidez, inclusive mediante transformação de auxílio-doença concedido na forma do artigo 75, **está condicionada ao afastamento de todas as atividades**. (alterado pelo DECRETO Nº 87.374 - DE 8 DE JULHO DE 1982 - DOU DE 9/07/82 - Republicação)”*

Observe-se que, tal qual nos atos normativos anteriores, o preceito que manda computar o salário de benefício com base nos salários de contribuição imediatamente anteriores ao do mês de afastamento da atividade (caput) tinha expressa previsão literal concomitantemente ao dispositivo que previa a contagem do salário-de-benefício do auxílio-doença como salário-de-contribuição (parágrafo 5º). Diante dessas disposições e considerando ainda que o parágrafo de um mesmo artigo de lei não deve ser interpretado sem correlação coerente com o caput, aporta o intérprete - ainda que se limite ao método gramatical - à necessária ilação de que **se a aposentadoria por invalidez foi precedida por auxílio-doença, o período básico de cálculo (PBC) deste será o mesmo da aposentadoria por invalidez, vez que o afastamento da atividade deu-se antes da concessão do auxílio-doença**, nos termos expressos do caput do art. 29.

Alguma dificuldade interpretativa surge com a alteração da Lei 8.213/91 pela Lei 9.876/99. É que essa lei alterou o caput do art. 29 e não alterou o disposto no seu parágrafo 5º, restando a seguinte redação (já citada acima) aos preceitos em tela:

“Art. 29. O salário-de-benefício consiste: *(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)*

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; *(Inciso Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)*

II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.” *(Inciso Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)*

(...)

§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo.”

Ocorre que a alteração procedida referiu-se apenas ao comando no sentido de que o período contributivo não seria mais de 36 contribuições apuradas em período não superior a 48 meses, substituindo-o pelo **aumento do período de apuração** (e multiplicação pelo fator previdenciário, com exceções dos benefícios previstos no inciso II, dentre estes a aposentadoria por invalidez). Logo, ainda que analisada apenas pelo aspecto semântico (portanto dentro ainda da seara da interpretação meramente gramatical), não há na nova redação do art. 29 nada que contradiga a tradicional conclusão jurídica no sentido de que **o período básico de cálculo dos benefícios por incapacidade estende-se a até a data do afastamento da atividade**.

Ressalta-se que não ocorreu até agora alteração do sistema previdenciário que legitime a interpretação conferida pela Sum. 9 da Eg. TRSC ao disposto no **art. 29, parágrafo 5º, da Lei 8.213/91**, que continua tendo o mesmo significado que sempre possuiu, inclusive no tocante à sua **aplicação somente aos períodos de recebimento de benefício intercalados com o desempenho de atividade laboral**<sup>5</sup>. Aliás, o não cômputo do tempo de gozo de auxílio-doença imediatamente anterior à aposentadoria por invalidez não

<sup>5</sup> O que se disse está em conformidade com o ensinamento de MAXIMILIANO: “Sempre se presume que se não quis substituir, de todo, a norma em vigor; a revogação da lei deve ficar bem clara. Verifica-se atentamente se o parlamento pretendeu reformar o Direito vigente, que circunstâncias o levaram a isto; até onde foi o propósito inovador; quais os termos e a extensão em que se afastou das fontes, nacionais ou estrangeiras, do dispositivo atual. Pelo que eliminou e pelo que deixou subsistir, conclui-se o seu propósito, orienta-se o hermenêuta”. Por sua vez, não seguiu essa diretriz o entendimento consubstanciado na Súm. 9 da Eg. TRSC, que deu à alteração do caput da Lei 8.213/91 pela Lei 9.876/99 significado que não se pode concluir, de maneira alguma, desejado pela nova lei (9.876) (Grifo acrescentado) Idem, p. 139.

foi criação da Lei 8.213/91, existindo muito antes da entrada em vigor dessa lei, como já demonstrado.

Importa mencionar, ainda, que o critério utilizado pelo INSS não causa prejuízo algum ao segurado, inclusive porque não importa em concessão de benefício com o valor defasado, uma vez que **ao converter o auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, o INSS toma como parâmetro para o reajuste a data de início do benefício (DIB) anterior**, como o demonstra o teor do disposto no art. 97, par. 1º, da Instrução Normativa n. 11/2006, que diz: “**No caso de benefício precedido, para fins de reajuste, deverá ser considerada a DIB anterior**”.

As considerações expostas são reforçadas pelas demais perspectivas interpretativas que se passa a abordar.

## **II - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA (INCLUINDO A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL) E INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO.**

Manifestar-se-á que o equívoco fundamental do entendimento que embasou a Súmula 9 foi ater-se à literalidade de um único dispositivo de lei (o parágrafo 5º do art. 29 da Lei 8.213/91 na redação conferida pela Lei 9.876/99), não examinando em conjunto o inteiro teor da Lei 8.213 (v.g., art. 55, II), de outras leis (v. g., art. 476 da CLT) e os princípios gerais do sistema, dentre eles o princípio contributivo (art. 201, caput, da Constituição), a isonomia (art. 5º e 201, parágrafo 1º) e a proteção a ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI). Mostrar-se-á, também, que a lacuna deixada na legislação pela alteração (“quicá defeituosa”) do *caput* do art. 29 da Lei 8.213 pela Lei 9.876/99 não deve ser interpretada de maneira a aportar a conclusão forçada que não se harmoniza com o conjunto do sistema em vigor.

Pois bem. Ditas essas palavras introdutórias e diante do mais acima já exposto, é lícito desde logo afirmar que a alteração do *caput* do art. 29 da Lei 8.213 pela Lei 9.876/99 é a fonte da controvérsia interpretativa de que se cuida. A rigor, ao alterar o mencionado dispositivo, **a Lei 9.876 criou uma lacuna na legislação que se manifestou no litígio em tela, a saber: retirou do *caput* do art. 29 a expressa menção a que os períodos básicos de cálculo dos benefícios por incapacidade encerram-se no mês anterior ao do afastamento da atividade.**

Já se demonstrou acima como a perspectiva histórica denota que a interpretação da legislação mais consentânea com a tradição do ordenamento jurídico brasileiro é aquela que se plasma no art. 36, parágrafo 7º, do Decreto 3.048/99, o qual expressa norma que integra o ordenamento jurídico, eliminando a lacuna existente na legislação. Passa-se a aduzir os demais recursos de interpretação – inclusive de integração - relevantes à demonstração do acerto da interpretação do ordenamento jurídico que veio a se consubstanciar no referido preceito do decreto regulamentar da Lei de Benefícios.

Importa, primeiramente, na interpretação sistemática da legislação que se leva a efeito, a consideração de que **o segurado em gozo de auxílio-doença considera-se na forma da lei licenciado do emprego com prejuízo da sua remuneração**, nos exatos termos do disposto no art. 63, da LBPS e 476, da CLT. A propósito, confira-se:

*“Art. 63. O segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado.”*

*“Art. 476 - Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício.”*

Veja-se, portanto, que o sentido da legislação brasileira, analisada sistematicamente, no tocante ao **salário-de-contribuição**, é que ele surge **do efetivo exercício de atividade remunerada**. E essa não existe (de fato e juridicamente) se o cidadão encontra-se em auxílio-doença, como denota, dentre outros preceitos, o citado dispositivo da CLT.

Outro ponto que importa mencionar é que o disposto no art. 55, II, da LBPS, ao dispor sobre a compreensão do conceito de tempo de serviço (atualmente tempo de contribuição), reza:

*“Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:*

*(...)*

*II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez; (...)” grifo nosso*

Esse dispositivo demonstra que o espírito da Lei 8.213/91 no tocante ao cômputo de tempos de recebimento de benefícios por incapacidade é que sejam contados apenas os períodos em que houve recebimento intercalado com o desempenho de atividade.

**Nesse ponto da argumentação, exsurge a viabilidade de aplicação do recurso da aplicação analogica do referido dispositivo (inciso II do art. 55) para integrar (com a necessária coerência) o ordenamento jurídico no sentido de que somente são considerados como salários-de-contribuição os ganhos do segurado titular de auxílio-doença no “tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez”.**

Ressalta-se, portanto, que o tempo de recebimento de auxílio-doença somente poderá ser contado para efeito de aposentadoria como **tempo de contribuição fictício ou virtual**, conforme disposto, por se tratar de hipóteses em que, rigorosamente, o segurado não possui salário-de-contribuição no período, já que se encontra, na forma da lei, **licenciado** do seu trabalho **com prejuízo da remuneração**; destarte, faz-se indispensável anotar que a contagem do tempo intercalado de recebimento de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez para os fins legais é medida de justiça ao segurado que esteve temporariamente afastado de suas atividades por motivo de doença ou lesão, desde que tenha retornado ao trabalho, não podendo ser prejudicado por uma situação para a qual muitas vezes não teve qualquer ingerência<sup>6</sup>. Todavia, **a disposição legal em apreço não pode ser estendida para os benefícios decorrentes de transformação, já que a Lei denota que apenas quando intercalado o período de recebimento de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez é que poderá vir a ser contado.**

Tanto é assim que **o art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/1991, que disciplina o CUSTEIO da Previdência Social, veda a utilização do salário-de-benefício como se fosse salário-de-contribuição, para fins de cálculo da renda mensal inicial.**

É o teor do mencionado dispositivo:

"§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)."

## **DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS PERTINENTES**

<sup>6</sup> A legislação permitiu o cômputo dos períodos intercalados porque nesses há o retorno do segurado à atividade e conseqüente continuação da prestação de contribuições. Nesse sentido, a redação original do caput do art. 29 da Lei 8.213/91 e a ainda vigente redação do art. 55, II, da mesma lei. Ou seja: a legislação busca, à toda evidência, respeitar o princípio contributivo e, por isso, dispõe no sentido de que os períodos de efetiva atividade são considerados de contribuição, excetuando-se apenas os períodos de auxílios-doença intercalados com a atividade, mas apenas em caráter excepcionalíssimo e tendo em vista que o cidadão voltará a contribuir.



Outro tópico de suma importância é a abordagem da matéria do ponto de vista constitucional.

De logo, inicia-se por transcrever os dispositivos constitucionais diretamente contrariados pela tese ora impugnada, a fim de facilitar o exame da questão:

*“Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”*

*“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”:*

*“Art. 5º. XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*

*Todo o teor do disposto no art. 195 da Constituição, vez que da totalidade desses preceptivos decorre o delineamento constitucional do sistema de contribuição previdenciário. Ressaltam-se as seguintes disposições:*

*“Art. 195. § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.*

*§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”*

**Art. 201.** A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

(...)

**§ 1º** É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

(...)

**§ 3º** Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei. Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98:

**§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)**

**“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:**

**(...)**

**IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.**

Passa-se a demonstrar como o entendimento consubstanciado na Súm. 9 da Eg. TRSC afronta os mencionados dispositivos constitucionais.

### **NÃO HÁ CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DURANTE O AUXÍLIO-DOENÇA QUE ANTECEDE A APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCONSTITUCIONALIDADE DO ENTENDIMENTO DIVERSO.**

Tendo em vista o princípio contributivo encartado na Constituição Federal, para que fosse possível interpretar-se como existente o direito a computar como contribuição o período de gozo de auxílio-doença que antecede a aposentadoria por invalidez, necessário seria pelo menos expresso dispositivo legal nesse sentido<sup>7</sup>. Não serve a essa finalidade o parágrafo 5º do art. 29 da Lei 8.213, vez que esse dispositivo sempre foi corretamente interpretado como aplicável apenas aos períodos intercalados de auxílio-doença e, ademais, a contagem de tempo de contribuição fictício que ele possibilita é exceção à regra da necessidade de efetiva contribuição e como exceção deve ser entendido, pelo que se faz imprescindível atribuir a esse dispositivo interpretação *restritiva*. Esta, a única possível aos olhos do *princípio contributivo* encartado no caput do art. 201 da CF/88 e expresso também nos dispositivos do art. 195 que disciplinam o financiamento da Seguridade Social, dentre os quais o parágrafo 8º, que prevê mesmo para os *segurados especiais* a necessidade de contribuição. In verbis:

**“Art. 195. § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.**

**§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)**

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”

Lembre-se que os princípios gerais, bem como a analogia, são recursos ao preenchimento das lacunas da legislação (inclusive por força de preceito legal – art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>8</sup>).

<sup>7</sup> CF, art. 201, § 3º: “Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, **na forma da lei**. (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).” (Grifou-se o trecho que abre a possibilidade interpretativa deduzida acima)

<sup>8</sup> “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Logo, a lacuna na Lei 8.213 em referência (inexistência, desde a Lei 9.876/99, de expresso preceito no sentido de que o período básico de cálculo dos benefícios por incapacidade tem como termo final o mês anterior ao do afastamento da atividade), não pode ser interpretada contra o *princípio contributivo* no sentido de que tanto o período de recebimento de auxílio-doença intercalado com o efetivo exercício de atividade, como o período de auxílio-doença posterior ao afastamento da atividade (quando a aposentadoria por invalidez é precedida por auxílio-doença) consistem em períodos em que existe salário-de-contribuição.

Frisa-se que as exceções (principalmente as que dizem respeito a princípios) devem interpretar-se estritamente. Assim, o disposto no parágrafo 5º do art. 29 da Lei 8.213, por ser exceção ao princípio contributivo constitucional, há de ser interpretado restritivamente.

Importa mencionar, também, que em sendo as contribuições previdenciárias tributos, a existência destes também há de ser expressa e inequívoca, pelo que não assiste razão – *data venia* – à tese que imagina existente contribuição previdenciária oculta no valor do auxílio-doença, apesar de não haver previsão legal da incidência desse tributo. A tese de que se cuida poderia sustentar o seguinte raciocínio: um cidadão aposenta-se com 30 anos de tempo de contribuição, pelo que se lhe confere renda equivalente a 70% do salário-de-benefício; esse cidadão, então, pode supor que deveria receber 70% mais uma quantia X (digamos 9% do SB ou outro percentual), que não recebe porque o Estado desconta furtivamente, por meio de “tributo virtual”, esse valor de seu benefício. Essa tese do “tributo imaginado/presumido/virtual” – por assim dizer – poderia sustentar a elevação de todos os benefícios previdenciários e todas as quantias pagas pelo Estado. No entanto, a Hermenêutica jurídica felizmente a repele energicamente ao vedar que a interpretação conduza a resultados absurdos.<sup>9</sup>

Vem a propósito, ainda, citar os argumentos esclarecedores sobre a matéria que fundamentam o recente posicionamento do JEF Previdenciário de Florianópolis – que evidencia inclusive a existência de teratológica dupla correção no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença (**reajuste** do salário-de-benefício do auxílio-doença pelo **índice de reajuste anual** dos benefícios mais a **correção** do mesmo valor pelo **índice de correção dos salários-de-contribuição**) se seguido o critério da Súm. 9:

*“Este Juízo vinha acolhendo a tese expendida pela autora e determinando a revisão dos benefícios, a partir de uma interpretação literal do dispositivo em questão [o art. 29, parágrafo 5º, da Lei 8.213].*

*Ademais, a Turma Recursal de Santa Catarina possui súmula acerca da matéria: “Na fixação da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença deve-se apurar o salário-de-benefício na forma do artigo 29, §5º, da Lei nº 8.213/91” (súmula 9).*

*Contudo, a partir das novas alegações do INSS acerca da correta fixação do período básico de cálculo, entendo que a matéria merece melhor reflexão.*  
(...)

*De outro lado, não fosse numa interpretação sistemática inviável o pleito da parte autora, entendo que a fórmula de cálculo pretendida, tendo em conta a experiência ordinária, não é lógica e conduz a desigualdades.*

*Com efeito, muitas vezes o segurado permanece anos em benefício de auxílio-doença e tem esse período não contributivo considerado para o cálculo da RMI da aposentadoria por invalidez (às vezes todo o PBC), se aplicado o art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. **Na verdade, vai receber a diferença entre o índice de correção monetária dos supostos salários-de-contribuição e o índice de reajuste do benefício previdenciário.***

*Ainda, não são raros os casos em que o segurado recebeu o auxílio-doença antes da alteração de cálculo do salário-de-benefício pela Lei nº 9.876/99, apurando-se o valor do auxílio-doença com base nos últimos trinta e seis*

<sup>9</sup> “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis” (MAXIMILIANO, 1999, p. 166).

*salários-de-contribuição atualizados, e depois a aposentadoria é concedida quando em vigor a nova norma, e, nestes casos, o cálculo será a partir da seleção dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% do período contributivo decorrido desde 07/1994, ou seja, simplesmente seleção dos meses em que a correção do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença foi superior. É dizer, considera-se um período não contributivo para majorar a média realizada para o benefício anterior. Tal procedimento, realmente, carece de lógica. Registre-se que a interpretação da norma não deve conduzir a resultado irrazoável. **E mais, esse raciocínio conduz a desigualdades, vez que se o segurado fosse aposentado por invalidez de imediato o valor do benefício de regra seria menor do que se ficasse um tempo recebendo o auxílio-doença, dando assim proteção inferior a quem apresenta desde logo um risco social mais grave (invalidez/doença).***

*Diante das razões expostas, fazendo-se uma interpretação sistemática e lógica, entendo necessário rever o entendimento sobre a matéria, vez que não se afigura razoável o acolhimento da tese da autora.” (processo n. 2006.72.50.013185-2) (Grifos acrescentados).*

## **DA IMPOSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO**

O entendimento expresso na Súmula de n. 09 da Turma Recursal de Santa Catarina, ora impugnado, também implica inovação na ordem jurídica, com a criação (ou majoração) de um direito previdenciário sem a necessária previsão em lei (como demonstrado, a lei é lacunosa e sua integração correta é no sentido expresso no art. 36, parágrafo 7o do Decreto 3.048/99). Com isso, a pretendida concessão judicial de direito ao cálculo da aposentadoria por invalidez precedida por auxílio-doença nos moldes do art. 29, parágrafo 5o, da Lei 8.213/91 consiste em pretensão de violação à Divisão de Poderes prevista no art. 2o da Constituição, vez que compete ao Poder Legislativo a criação (ou majoração) de direitos previdenciários, não podendo o Estado-Juiz arvorar-se em legislador positivo.

O que se deve perseguir é evitar que, através de sentença, o magistrado substitua-se ao Congresso Nacional e ao Presidente da República para imiscuir-se em políticas públicas, concedendo ou majorando indevidamente benefícios previdenciários, e pior, sem a previsão necessária do custeio.

Em sendo julgada procedente a demanda, o que só se admite por pura tese argumentativa, haverá violação do texto constitucional, porque cabe à LEI a criação e majoração de benefícios previdenciários – com violação do art. 2º da CF/88, bem como usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional.

## **OFENSA AO PODER DE EDIÇÃO DE DECRETOS PARA A FIEL EXECUÇÃO DAS LEIS**

Nesse ponto da argumentação, vem a propósito asseverar que além da afronta à competência legislativa do Congresso Nacional, a tese da nulidade do disposto no art. 36, parágrafo 7º, do Decreto 3.048/99 viola o preceito constitucional que prevê a competência exclusiva do Presidente da República de editar decretos para a fiel execução das leis – art. 84, IV, da CF.

É que, ainda que se considerasse razoável a interpretação que embasa a pretensão da parte autora, seria de rigor reconhecer-se razoável também a interpretação do Poder Executivo que ora está consubstanciada no art. 36, parágrafo 7º do Decreto 3.048/99. Não parece apropriado substituir todo um procedimento administrativo que vem sendo praticado há décadas – sob o pálio da jurisprudência – em decorrência de uma outra possibilidade interpretativa que sequer se evidencia mais correta. Para o INSS, ressalte-se, ela é manifestamente incorreta. Vale lembrar que, conforme observado por Joseph Köller, na lição de HERKENHOFF, “o pensamento da lei é todo e qualquer pensamento que possa estar nas suas palavras, sendo possível retirar delas dois ou dez pensamentos”<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito* (À luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política). Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 43.

Tendo o Poder Executivo editado um ato normativo administrativo da mais elevada estatura dentre os atos da administração, baseado em interpretação correta ou no mínimo razoável, parece, ao INSS, violar o disposto no art. 84, IV, da CF, decisão judicial que substitua o critério do Poder Executivo por outro de duvidosa razoabilidade (a mesma conclusão se imporia se o entendimento da Autarquia e o da parte autora fossem igualmente razoáveis).

Nesse diapasão, pensa a autarquia que também deve ser sopesado o princípio da legitimidade dos atos administrativos e a orientação exegética no sentido de que: “Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade (1). *Oportet ut res plus valeat quam pereat*”.<sup>11</sup>

## RESPEITO A ATO JURÍDICO PERFEITO E NECESSIDADE DE PRÉVIA FONTE DE CUSTEIO

Têm especial relevância - haja vista a importância impar do julgamento histórico proferido pelo C. STF em 08/02/2007 nos autos dos Recursos Extraordinários de n. RE-416827/SC e RE 415454/SC - duas ordens de ofensa à Constituição claramente levadas a efeito pela Súm. 9 da Eg. TRSC e acerca das quais se passa a expor.

A tese da parte autora implica que também os benefícios concedidos antes da entrada em vigor da Lei 9.876/99 devam ser revistos de acordo com o critério da Súmula 9. Esse entendimento, por implicar revogação retroativa (pela Lei 9.876/99) do *caput* do art. 29 da Lei 8.213 em sua redação original – redação literalmente expressa no sentido de que o período básico de cálculo (PBC) da aposentadoria por invalidez encerrava-se no mês anterior ao do afastamento da atividade -, configura evidentemente violação ao princípio *tempus regit actum* e ao preceito constitucional que protege o ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI).

Já quando aplicada aos benefícios posteriores à Lei 9.876/99, a tese da parte autora afronta diretamente o disposto no art. 195, parágrafo 5º, da Constituição, haja vista que não pode o Estado criar, majorar ou estender direito previdenciário sem a correspondente previsão legal expressa de sua fonte de custeio total. Ressalte-se que a Lei 9.876/99 não previu recursos para o pagamento da obrigação que, segundo a parte demandante, caberia ao INSS adimplir.

Logo, a pretensão ora combatida, por fundar-se na tese da aplicação da lei nova mais benéfica e contrariar também a necessidade de prévia fonte de custeio total, contraria jurisprudência pacífica do C. STF, assentada definitivamente no julgamento dos **Recursos Extraordinários n. 416827/SC e RE 415454/SC** (DJU, n. 33, p. 18-19, DE 15/02/2007). Aliás, o referido julgamento é em todo favorável ao acolhimento da tese defendida pela autarquia, como o demonstra a citação da *ementa* do RE 416827/SC:

**“EMENTA:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995).

1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 25/6/1972, recebendo através do benefício nº 020.719.902-7, aproximadamente o valor de R\$ 248,94. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei nº 9.032/1995.

2. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei nº 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da concessão, incidia a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

3. O recorrente (INSS) alegou: i) suposta violação ao art. 5º, XXXVI, da CF (ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido); e ii)

<sup>11</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Ob. Cit.*, p. 307.

desrespeito ao disposto no art. 195, § 5º, da CF (impossibilidade de majoração de benefício da seguridade social sem a correspondente indicação legislativa da fonte de custeio total).

4. Análise do prequestionamento do recurso: os dispositivos tidos por violados foram objeto de adequado prequestionamento. Recurso Extraordinário conhecido.

5. Referência a acórdãos e decisões monocráticas proferidos quanto ao tema perante o STF: RE (AgR) nº 414.735/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 29.4.2005; RE nº 418.634/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, *DJ* 15.4.2005; e RE nº 451.244/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, *DJ* 8.4.2005.

6. Evolução do tratamento legislativo do benefício da pensão por morte desde a promulgação da CF/1988: arts. 201 e 202 na redação original da Constituição, edição da Lei nº 8.213/1991 (art. 75), alteração da redação do art. 75 pela Lei nº 9.032/1995, alteração redacional realizada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

7. Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. Consagração da aplicação do princípio *tempus regit actum* quanto ao momento de referência para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias. Precedentes citados: RE nº 258.570/RS, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 19.4.2002; RE (AgR) nº 269.407/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 2.8.2002; RE (AgR) nº 310.159/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 6.8.2004; e MS nº 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 1º.4.2005.

**8. Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5º, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados: RE nº 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 13.10.2000; RE nº 206.048/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, *DJ* 19.10.2001; RE nº 298.695/SP, Plenário, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 24.10.2003; AI (AgR) nº 450.268/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 27.5.2005; RE (AgR) nº 287.261/MG, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 26.8.2005; e RE nº 141.190/SP, Plenário, unânime, Rel. Ilmar Galvão, *DJ* 26.5.2006.**

**9. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: RE nº 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980.**

**10. Na espécie, o benefício da pensão por morte configura-se como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, § 4º).**

11. Ausência de violação ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) porque, na espécie, a exigência constitucional de prévia estipulação da fonte de custeio total consiste em exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada.

**12. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5º). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI's nº 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, *DJ* 18.2.2005.**

**13. Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37).**

**14. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei nº 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor.**

**15. No caso em apreço, aplica-se o teor do art 75 da Lei 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida.**

16. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido.”

## **OFENSA À ISONOMIA**

O item 11 da ementa acima transcrita torna oportuno abordar, nesta altura da argumentação, uma outra temática pertinente à controvérsia jurídica – a *isonomia*.

Vê-se que na ementa supracitada o C. STF consignou que a alegação de ofensa à isonomia que a parte autora sustentara não mereceu acolhida por implicar ignorar-se a necessidade de estipulação da prévia fonte de custeio.

Já na presente demanda, o *princípio da isonomia* (art. 5º, caput, e art. 201, parágrafo 1º, da Constituição) aparece ao lado do *princípio da previsão da fonte de custeio total* secundando o entendimento do INSS. Nesse sentido, expõe com maestria a sentença proferida nos autos de n. 2006.70.51.003668-9, em trâmite perante a 2ª Vara do Juizado Especial Federal Cível de Londrina:

**“Se for consagrada a tese da parte autora, então o segurado que for aposentado por invalidez decorrente de conversão de auxílio-doença anteriormente concedido fará jus a um benefício de maior valor do que aquele que foi, de imediato, aposentado por invalidez. No caso concreto, penso que não existe fundamento jurídico ou moral para tratamento desigual entre iguais (art. 5º da Constituição Federal). Um e outro segurado, se tiveram salários-de-contribuição idênticos, bem como idênticas as demais variáveis de cálculo, devem ter resultado de igual valor de benefício de aposentadoria por invalidez”.**

## **PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL DOS BENEFÍCIOS**

Não se argumente que a tese defendida pelo INSS implica concessão de benefício defasado, não preservando seu valor real.

A preservação do valor real dos benefícios é prevista nos seguintes termos no parágrafo 4º do art. 201 da Constituição:

**“§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”**

Ora. O INSS segue os *critérios definidos em lei* ao calcular o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença (como já demonstrado no tocante ao respeito aos cânones constitucionais e que se demonstrará adiante quanto às disposições infraconstitucionais).

Assim, não dá guarida à pretensão da parte autora a tese de que o INSS, ao invés do critério legal, deveria aplicar qualquer outro (inclusive o da Súmula 9 da Eg. TRSC) porque esse outro critério seria o que mais se aproximaria da preservação do valor real do benefício.

Nesse passo, ressalte-se que não se pode pretender estar incorreto o procedimento de cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez por entender, o aplicador do direito, que critérios

diversos do legal preservariam o valor real do benefício, tais como a vinculação a determinado índice inflacionário escolhido pelo intérprete ou a suposta necessidade de vinculação aos eventuais aumentos concedidos à categoria profissional do segurado<sup>12</sup>. Este último critério assemelha-se à vetusta tese da vinculação perpétua ao número de salários-mínimos a que correspondia o benefício quando de sua concessão, que pode impressionar o leigo em Direito Previdenciário, mas que se encontra há tempos rechaçada pela Jurisprudência e doutrina sobre a matéria. Porém, a vinculação aos aumentos da categoria do segurado é ainda mais equivocada que a tese da vinculação ao número de salários-mínimos, porque esta vinculação ao número de salários ao menos já foi objeto de norma transitória e portanto excepcional (ADCT, art. 58), enquanto a preservação do valor real pela manutenção da paridade com os aumentos da categoria profissional jamais teve a previsão legal exigida pela disposição da Constituição de 1988 que prevê a preservação do valor real do benefício “conforme critérios definidos em lei” (atualmente parágrafo 4o do art. 201).

Ademais, o critério utilizado pelo INSS não causa prejuízo algum ao segurado, não importando em concessão de benefício com o valor defasado, uma vez que ao converter o auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, o INSS toma como parâmetro para o reajuste a data de início do benefício (DIB) anterior, como o demonstra o teor do disposto no art. 97, parag. 1º, da Instrução Normativa n. 11/2006, que diz: **“No caso de benefício precedido, para fins de reajuste, deverá ser considerada a DIB anterior”**.

Assim, se um benefício de auxílio-doença é concedido em determinada data (por exemplo, abril de 2006), com salário-de-benefício X (digamos, de R\$ 2.050,00), eventual aposentadoria por invalidez a ser concedida por conversão desse benefício (p. ex., em janeiro de 2007) terá o valor de X mais a correção incidente na data em que corrigidos os benefícios previdenciários (No exemplo, se a conversão se dá em mês anterior à correção anual, como janeiro de 2007, não haverá prejuízo ao segurado, porque ele receberá o reajuste - integral ou proporcional com relação à data de início do benefício anterior - sobre o valor da aposentadoria quando do próximo reajuste anual, eliminando-se assim os efeitos da inflação sobre o valor do benefício).

Cumprе ressaltar, ainda, que o art. 201, parágrafo 4º, da Constituição, não autoriza o Poder Judiciário a conferir reajustes de benefícios em desconformidade com os critérios definidos em lei e, muito menos, conceder benefícios com valor superior ao que seria o valor real. Essa última afirmação decorre de que o entendimento ora combatido importa que o segurado teratologicamente se beneficie, quando do cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez, de correção do auxílio-doença anterior pelos índices de correção dos salários-de-contribuição e correção do mesmo auxílio-doença, ao mesmo tempo, pelos índices de correção dos valores dos benefícios; como resultado, ao apurar-se o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez, será levado em consideração o auxílio-doença anterior duplamente corrigido, enquanto salário-de-contribuição e enquanto benefício! (Esse é um dos motivos porque o JEF Previdenciário de Florianópolis, em aberta discordância com a Súm. 9 da Eg. TRSC, julga improcedentes as demandas de que ora se cuida – v.g. autos de n. 2006.72.50.013185-2).

Também não é correto supor que o disposto no art. 201, parágrafo 3º, da Constituição, dá amparo à pretensão de que sejam considerados salários-de-contribuição os valores recebidos a título de auxílio-doença anterior à aposentadoria. Isso porque, de acordo com o mencionado preceito constitucional, o *novo* benefício de aposentadoria por invalidez será concedido computando-se os valores dos salários-de-contribuição que antecedem o benefício, corrigidos. Ocorre que os valores do auxílio-doença que antecede a aposentadoria não são salários de contribuição. Assim, por força do art. 201, parágrafo 3º, da Constituição, tais valores não devem ser computados no cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez. O entendimento diverso, por consistir em interpretação equivocada do art. 201, § 3º, **resta por afrontar esse**

---

<sup>12</sup> *PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCLUSÃO DE REAJUSTES SALARIAIS. No cálculo de aposentadoria por invalidez decorrente de transformação de auxílio-doença, não são computáveis os reajustes salariais porventura concedidos à categoria profissional do segurado no período em que este esteve em gozo de auxílio-doença, visto que o empregado em gozo de auxílio-doença é considerado licenciado da empresa (CLPS/84, art. 28). O salário-de-benefício da aposentadoria é o mesmo calculado para o auxílio-doença, tomando-se por base os salários de contribuição anteriores ao afastamento da atividade. Remessa oficial provida para julgar improcedente a ação.” (REO AC 1999.04.01.089588-3/RS - 6ª Turma do TRF-4ª Região, Relator Juiz João Surreaux Chagas, data do julg. 14/12/1999) [Grifo acrescentado]*



**dispositivo, que preceitua: “Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)”.**

Estando o entendimento administrativo em conformidade com o art. 201, parágrafo 3º e 4º, da Constituição, resulta que alegação da preservação do valor real como fundamento para a manutenção do entendimento consubstanciado na Súmula 9 da Eg. TRSC viola os mencionados dispositivos, uma vez que determina a aplicação, para a preservação do valor real do benefício, de critério diverso do definido em lei.

### III - PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

Também a análise da jurisprudência das cortes brasileiras é majoritariamente<sup>13</sup> favorável ao entendimento do INSS sobre a matéria em comento, ou seja, é no sentido de que os salários de contribuição a serem utilizados são os anteriores ao afastamento da atividade, sendo que o salário de benefício da aposentadoria por invalidez é o mesmo calculado para o auxílio-doença.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

*“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCLUSÃO DE REAJUSTES SALARIAIS. No cálculo de aposentadoria por invalidez decorrente de transformação de auxílio-doença, não são computáveis os reajustes salariais porventura concedidos à categoria profissional do segurado no período em que este esteve em gozo de auxílio-doença, visto que o empregado em gozo de auxílio-doença é considerado licenciado da empresa (CLPS/84, art. 28). O salário-de-benefício da aposentadoria é o mesmo calculado para o auxílio-doença, tomando-se por base os salários de contribuição anteriores ao afastamento da atividade. Remessa oficial provida para julgar improcedente a ação.”*

*(REO AC 1999.04.01.089588-3/RS - 6ª Turma do TRF-4ª Região, Relator Juiz João Surreaux Chagas, data do julg. 14/12/1999)*

\*\*\*

*“APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.38.00.062726-7/MG Processo na Origem: 200338000627267. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA, j. em 25/09/2006)*

*EMENTA:*

*PREVIDENCIÁRIO – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DECORRENTE DE AUXÍLIO-DOENÇA – CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO – IRSM DE FEVEREIRO/94 – BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTES DO ADVENTO DA LEI 8.880/94.*

*1. Nos termos dos arts. 44 e 61, da Lei nº 8.213/91, a aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença são calculados com base no salário-de-benefício e este consistia na “média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da*

<sup>13</sup> O INSS, por meio de sua Procuradoria, está buscando sistematicamente que a jurisprudência sobre a matéria se consolide no sentido defendido pela autarquia, por entender ser o mais consentâneo com o ordenamento jurídico brasileiro.

*atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses”, a teor do disposto no art. 29 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, aplicável à espécie.*

*2. A aposentadoria por invalidez que decorre do auxílio-doença terá como salário-de-benefício o que for para este encontrado, cujo cálculo há de ser elaborado levando-se em conta os salários-de-contribuição anteriores ao afastamento da atividade.*

*3.(...)*

*4. Inaplicável o §5º, do art. 29 da Lei 8.213/91 (“Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário-mínimo.”), porque o período básico de cálculo considerado para o cálculo da aposentadoria por invalidez, in casu, é aquele utilizado na apuração do auxílio-doença que antecedeu a aposentadoria, o qual foi concedido antes da Lei nº 8.880/94.*

*5. Apelação e remessa oficial providas. Sentença reformada.*

*(...)”*

Cita-se, ainda, a fundamentação lapidar da sentença proferida nos autos de n. 2006.70.51.003668-9, em trâmite perante a 2ª Vara do Juizado Especial Federal Cível de Londrina:

#### ***“Do cálculo da RMI do benefício da parte autora***

*A parte autora percebeu benefício previdenciário auxílio-doença nos períodos de 06/07/1993 a 01/10/1993 (NB 91/087.286.338-7), 27/08/1995 a 08/09/1995 (NB 91/087.681.976-5), 03/01/1996 a 14/05/1996 (NB 31/101.943.251-6) e 02/10/1996 a 30/10/1997 (NB 31/103.997.132-3), cessado por ocasião da concessão da aposentadoria por invalidez (NB 108.146.081), concedida em 31/10/1997 .*

*A parte autora requer seja aplicado à sua aposentadoria por invalidez o art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, a fim de se reformular o salário-de-benefício de sua aposentadoria. À época da concessão do benefício, o caput e o parágrafo em questão (este último inalterado até hoje) dispunham da seguinte forma:*

***Art. 29. O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis) meses, apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses. (destaquei)***

*(...) § 5º. Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo.*

*Ao conceder à parte autora a aposentadoria por invalidez que ela atualmente recebe, o INSS aplicou o art. 36, 7º, do Decreto nº 3.048/99 (RPS), que dispõe:*

*§ 7º. A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral.*

*Existe, portanto, uma aparente antinomia entre o dispositivo legal cuja aplicação requer a parte autora e aquele, do RPS, que serviu de fundamento para o cálculo promovido administrativamente. Na primeira hipótese, o período básico de cálculo (PBC) da aposentadoria por invalidez não é o mesmo do auxílio-doença; há a formação de um outro, considerando-se como salário-de-contribuição no período de recebimento do auxílio-doença o salário-de-benefício deste, reajustado da mesma forma que os benefícios em manutenção. Já na segunda hipótese, apenas se reajusta, pelos mesmos critérios, o próprio salário-de-benefício do auxílio-doença, aplicando-se sobre ele o coeficiente de 100% na data da conversão.*

*Evidentemente, a norma do regulamento jamais teria o condão de se sobrepor à regra legal, eis que hierarquicamente inferior. Ocorre, no entanto, que a antinomia entre os dois dispositivos é, na verdade, apenas aparente, já que o art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91 não teria aplicação nos casos de conversão de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, ainda que inexistisse a citada regra do Decreto nº 3.048/99, o que se esclarece a seguir.*

*Em primeiro lugar, deve-se ter presente que os parágrafos de um determinado artigo nunca devem ser interpretados isoladamente, mas subordinados ao caput a que se referem. No caso em discussão, o caput do art. 29 da LBPS previa originariamente duas formas para a fixação do PBC: consideração dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao afastamento da atividade ou à data da entrada do requerimento. O artigo não dizia em que casos se deveria utilizar uma ou outra fórmula, o que deveria ser extraído de interpretação sistemática da própria lei ou esclarecido pelo regulamento.*

*Como se sabe, a aposentadoria por invalidez, quando **decorrente de conversão** de auxílio-doença, não é fruto de um requerimento específico do segurado, mas de uma avaliação médica (que se dá ex ofereceu), como prevêem os arts. 42 e 43 da LBPS. É claro que o segurado em gozo de auxílio-doença pode requerer ao INSS a conversão de seu benefício em aposentadoria por invalidez; ocorre, porém, que a lei não atribui relevância a esse pedido, já que a conversão e o termo inicial (DIB) não dependem disso, mas da perícia médica que considerar o segurado total e permanentemente incapaz, perícia esta que se realiza de ofício.*

*Se, por um lado, não há necessidade de requerimento do segurado para que haja conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, há, por outro, **afastamento da atividade que perdura desde a concessão do auxílio-doença (art. 63 da Lei nº 8.213 e art. 476 da CLT)**, sem que o segurado tenha voltado a contribuir por um único mês.*

*Assim, se o segurado se encontra afastado da atividade desde a concessão do auxílio-doença e se não há necessidade ou relevância de um requerimento seu para que essa conversão ocorra, tem-se que a única forma possível de formação do PBC no caso é a consideração dos salários-de-contribuição anteriores àquele afastamento (data da concessão do auxílio-doença), como prevê o supra transcrito caput do art. 29, em sua redação anterior à Lei nº 9.876/99.*

*Com isso, tem-se que o art. 29, § 5º, da LBPS, apesar de sua redação genérica, não se aplica à **conversão** de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez, mas às inúmeras outras hipóteses em que o segurado recebe um benefício por incapacidade, volta a contribuir (ou simplesmente tem esse benefício cessado), e depois passa a fazer jus a outro benefício qualquer.*

*Note-se, aliás, que esse entendimento, além de ter sido adotado pelo RPS, é o que se mostra mais consentâneo com a idéia de que a renda mensal deve espelhar tanto quanto possível o histórico contributivo do segurado. **Na conversão que ora se discute, o segurado está afastado de sua atividade continuamente desde a concessão do auxílio-doença, razão pela qual o salário-de-benefício mais fiel àquilo que ele contribuiu ao longo de seu período de filiação é justamente aquele formado com as contribuições anteriores ao afastamento.***

*Se for consagrada a tese da parte autora, então o segurado que for aposentado por invalidez decorrente de conversão de auxílio-doença anteriormente concedido fará jus a um benefício de maior valor do que aquele que foi, de imediato, aposentado por invalidez. No caso concreto, penso que não existe fundamento jurídico ou moral para tratamento desigual entre iguais (art. 5º da Constituição Federal). Um e outro segurado, se tiveram salários-de-contribuição idênticos, bem como idênticas as demais variáveis de cálculo, devem ter resultado de igual valor de benefício de aposentadoria por invalidez.*

*Nesse sentido, a egrégia Turma Recursal do Paraná já decidiu que o art. 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99 não é ilegal, conforme o seguinte trecho do voto divergente vencedor do ilustre Juiz Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos, no recurso contra sentença nº 2004.70.95.005436-3 (sessões de 24.02.2005 e 03.03.2005):*

*‘Muito embora, o §5º do art. 29, da Lei nº 8.213/91 determine que, para efeitos de apuração da renda mensal inicial, deva-se considerar que, havendo no período básico de cálculo, o recebimento de benefícios por incapacidade, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal do respectivo benefício será considerado como salário-de-contribuição, no período, tal dispositivo não pode ser aplicado genérica e isoladamente, sem que se observe o disposto no Decreto nº 3.048/99.*

*Com efeito, neste ponto, deve-se distinguir o cálculo da renda mensal do benefício de aposentadoria por invalidez, quando não precedido de auxílio-doença, daquele decorrente da conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez.*

*No primeiro caso, plenamente aplicável o disposto no art. 29, §5º da Lei 8.213/91, de maneira que, havendo a percepção de benefício por incapacidade no período básico de cálculo, será considerado como salário-de-contribuição no período, o valor do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal paga durante o período da incapacidade.*

*Todavia, quando a aposentadoria por invalidez é precedida de auxílio-doença, há que se considerar a norma específica para tais casos, expressa no § 7º, do art. 36, do Decreto nº 3.048/99, que assim dispõe: (...)*

*Assim, não há que se falar em novo cálculo da RMI, com a inclusão, no período básico de cálculo, do período em que o segurado esteve no gozo do auxílio-doença, concluindo-se que a norma do §5º, do art. 29 da Lei 8.213/91, aplica-se aos casos em que tenha ocorrido a incapacidade dentro do PBC, de forma alternada com períodos de atividade normal, de maneira que o segurado não esteja no gozo de auxílio-doença no interregno imediatamente anterior à concessão da aposentadoria por invalidez.*

*Portanto, correta a sistemática de cálculo adotada pelo INSS, merecendo acolhida a tese do autor, devendo ser parcialmente reformada a rua sentença, conforme requerido.*

*Assim, a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral, em conformidade com o §7º, do art. 36 do Decreto nº 3.048/99 e com o cálculo apresentado pelo INSS.’*

*A doutrina adota postura semelhante e frisa a aleatoriedade do resultado final da revisão almejada pela parte autora:*

*‘O §5º do art. 29 refere-se somente à concessão do benefício, e não da conversão de benefícios previdenciários. Novo cálculo no caso da Aposentadoria por Invalidez, utilizando-se nova média aritmética e o salário-de-benefício do Auxílio-Doença, como salário-de-contribuição (conforme Lei 8.213/91, art. 29), **poderia vir a prejudicar ou beneficiar a renda mensal do segurado**. Assim cumpre-nos destacar, ainda que por repetição, que o §5º do art. 29 não se refere à conversão de benefícios, mas tão somente à concessão dos mesmos.<sup>14</sup>’*

*Não se vislumbra qualquer equívoco cometido pela Autarquia Previdenciária ao fixar a renda mensal inicial (RMI) do benefício previdenciário aposentadoria por invalidez com base no salário-de-benefício base para a fixação da RMI do benefício precedente (auxílio-doença), pois agiu de acordo com a lei (art. 36, § 7º, do Decreto n.º 3.048/1999).’’*

**Assim, não há fundamento jurídico à pretensão deduzida em Juízo pela parte autora, porquanto os atos praticados pelo INSS observaram estritamente os ditames legais.**” (Grifou-se)

## **ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA CATARINENSE. RECONHECIMENTO DE EQUÍVOCO NO ENTENDIMENTO QUE LEVOU À EDIÇÃO DA SÚMULA DE N. 09**

Ainda no tocante à jurisprudência, é de importância capital mencionar que já na Primeira Instância da Justiça Federal catarinense surgem julgados contrários ao entendimento exposto na Súmula de n. 09. Dentre estes, cita-se a íntegra da seguinte decisão proferida nos autos de n. 2006.72.58.000080-9 em 18/10/2006 por nobre Juiz Federal que, tendo atuado na feitura da Súmula referida, reconhece expressamente que sua confecção deveu-se a óbvio equívoco:

*“A redação original do caput do artigo 29 da Lei n. 8.213/1991 dispunha que “[o] salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não-superior a 48 (quarenta e oito) meses” (grifei).*

Esta regra se aplica, sem dúvida, à aposentadoria por invalidez derivada de auxílio-doença. Nestes casos, como regra geral, não há novo requerimento [trata-se de procedimento de ofício] e também não há outra data de afastamento da atividade. Por causa disso, os salários-de-contribuição utilizados para o cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria têm que ser os mesmos já utilizados para o cálculo do auxílio-doença.

A única diferença, portanto, consiste no valor máximo da renda mensal inicial: 92%

<sup>14</sup> “VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Benefícios Previdenciários – Forma de Cálculo e Apuração da Renda Mensal Inicial. In: ROCHA, Daniel Machado Rocha; SAVARIS, José Antonio (coordenadores). *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*, v. 2, Benefícios da Seguridade Social, Curitiba: Juruá, 2006.”

contra 100% do salário-de-benefício.

Nestas condições, não é ilegal o § 7º do artigo 36 do Decreto n. 3.048/1999, cujo texto é o seguinte: “[a] renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio-doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral”.

**A situação permanece inalterada, mesmo após a edição da Lei n. 9.876/1999.**

**Aqui, portanto, devo fazer mea-culpa, pois aprovei o texto da Súmula n. 9 da Turma Recursal [Na fixação da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença deve-se apurar o salário-de-benefício na forma do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91] – que, obviamente, representa um equívoco.**

Rejeito a pretensão. Defiro a gratuidade. Após o trânsito em julgado, arquivem-se.” (Precedente assinado eletronicamente pelo Exmo. Dr. Júlio Guilherme Berezoski Schattschneider, Juiz Federal Titular da Vara do JEF Previdenciário de Itajaí/SC<sup>15</sup>). (Grifos acrescentados)

Repita-se, portanto: O precedente acima foi proferido por preclaro magistrado que integrava a TRSC e que participou da Edição da Súmula de n. 09, reconhecendo o nobre julgador que a aprovação da referida Súmula “**obviamente, representa um equívoco**”.

Ainda mais recentemente, o JEF Previdenciário de Florianópolis passou a julgar improcedentes as demandas relativas à Súmula 09. Nesse sentido, a sentença proferida pelo Exmo. Dr. Herlon Schweitzer Tristão em 10/04/2007 nos autos de n. 2006.72.50.013185-2, cujos seguintes trechos citam-se:

*“Este Juízo vinha acolhendo a tese expendida pela autora e determinando a revisão dos benefícios, a partir de uma interpretação literal do dispositivo em questão.*

*Ademais, a Turma Recursal de Santa Catarina possui súmula acerca da matéria: “Na fixação da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença deve-se apurar o salário-de-benefício na forma do artigo 29, §5º, da Lei nº 8.213/91” (súmula 9).*

*Contudo, a partir das novas alegações do INSS acerca da correta fixação do período básico de cálculo, entendo que a matéria merece melhor reflexão.*

*(...)*

*Conclui-se, então, numa interpretação sistemática da norma, que o art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, apenas é aplicável quando o benefício de auxílio-doença percebido for intercalado com o exercício de atividade laborativa, é dizer, que o segurado tenha recebido o benefício por incapacidade no período de apuração do salário-de-benefício e estava em atividade quando da concessão da aposentadoria.*

<sup>15</sup> Também nesse sentido: sentença proferida em 31/01/2007 pelo Dr. Vilian Bollmann nos autos de n. 2006.72.58.000908-4 em trâmite na Vara do JEF Previdenciário de Itajaí/SC.

(...)

*Parece que outra não pode ser a conclusão à vista de uma interpretação sistemática, a partir das disposições do art. 201, caput, da Constituição Federal, do art. 29, caput, e de seu parágrafo 5º, da Lei nº 8.213/91.*

*Neste sentido, cito os seguintes arestos:*

(...)

**PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCLUSÃO DE REAJUSTES SALARIAIS.** No cálculo de aposentadoria por invalidez decorrente de transformação de auxílio-doença, não são computáveis os reajustes salariais porventura concedidos à categoria profissional do segurado no período em que este esteve em gozo do auxílio-doença, visto que o empregado em gozo de auxílio-doença é considerado licenciado da empresa (CLPS/84, art. 28). O salário-de-benefício da aposentadoria é o mesmo calculado para o auxílio-doença, tomando-se por base os salários-de-contribuição anteriores ao afastamento da atividade. Remessa oficial provida para julgar improcedente a ação. **(REO nº 199904010895883/RS, Rel. Des. Federal João Surreaux Chagas, TRF 4, 6ª T., unânime, publ. 29.03.2000).**

*De outro lado, não fosse numa interpretação sistemática inviável o pleito da parte autora, entendo que a fórmula de cálculo pretendida, tendo em conta a experiência ordinária, não é lógica e conduz a desigualdades.*

*Com efeito, muitas vezes o segurado permanece anos em benefício de auxílio-doença e tem esse período não contributivo considerado para o cálculo da RMI da aposentadoria por invalidez (às vezes todo o PBC), se aplicado o art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91. Na verdade, vai receber a diferença entre o índice de correção monetária dos supostos salários-de-contribuição e o índice de reajuste do benefício previdenciário.*

*Ainda, não são raros os casos em que o segurado recebeu o auxílio-doença antes da alteração de cálculo do salário-de-benefício pela Lei nº 9.876/99, apurando-se o valor do auxílio-doença com base nos últimos trinta e seis salários-de-contribuição atualizados, e depois a aposentadoria é concedida quando em vigor a nova norma, e, nestes casos, o cálculo será a partir da seleção dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% do período contributivo decorrido desde 07/1994, ou seja, simplesmente seleção dos meses em que a correção do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença foi superior. É dizer, considera-se um período não contributivo para majorar a média realizada para o benefício anterior.*

*Tal procedimento, realmente, carece de lógica. Registre-se que a interpretação da norma não deve conduzir a resultado irrazoável. **E mais, esse raciocínio conduz a desigualdades, vez que se o segurado fosse aposentado por invalidez de imediato o valor do benefício de regra seria menor do que se ficasse um tempo recebendo o auxílio-doença, dando assim proteção inferior a quem apresenta desde logo um risco social mais grave (invalidez/doença).***

*Diante das razões expostas, fazendo-se uma interpretação sistemática e lógica, entendo necessário rever o entendimento sobre a matéria, vez que não se afigura razoável o acolhimento da tese da autora.*

*Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO** formulado e extingo o processo, com julgamento do mérito, forte no art. 269, I, do CPC.”*

**Além disso, o INSS teve provido pela Turma Nacional de Unificação de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais Incidente de Uniformização de Jurisprudência sobre o tema, com o entendimento de que art. 36, § 7º do Decreto n. 3.048/99, aplicável nos casos da espécie, limitou-se à regulamentação da lei, especificando a hipótese de aposentadoria por invalidez oriunda de transformação de auxílio-doença. O processo é o 2007.51.51.007462-9.**

Eis a ementa do voto e o teor do acórdão:

**“EMENTA**

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO DOENÇA. CÁLCULO DA RMI. ART. 36§ 7º DO DECRETO N.3.048/99. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.

1 – No cálculo da Renda mensal Inicial da Aposentadoria por invalidez, precedida de auxílio – doença, deve ser aplicado o disposto no art. 36 § 7º do Decreto.1 .3.048/99, uma vez que ele se limitou à explicitar a Lei n. 8.213/91, sem extrapolar seus limites.

2 – Acórdão reformado, para restabelecer a sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

3 – Incidente de uniformização conhecido e provido.

**ACÓRDÃO**

Decide a Turma Nacional de Uniformização de jurisprudência , por maioria, **conhecer**, do incidente de uniformização e **dar-lhe provimento**.

Brasília-DF, 25 de janeiro de 2008.

Daniele Maranhão Costa

Juíza Relatora”

No mesmo sentido, a egrégia Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do **Recurso Especial n. 994732/SP**, aos 27-3-2008, à **UNANIMIDADE**, proveu o recurso interposto pelo INSS, nos termos do voto do Relator, cujo resumo adiante se vê, com nossos destaques:

**“Superior Tribunal de Justiça**

**RECURSO ESPECIAL Nº 994.732 - SP (2007/0143161-6)**

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR : LUCIANA KUSHIDA E OUTRO(S)

RECORRIDO : GENI ALVES DOS SANTOS

ADVOGADO : MARISETI APARECIDA ALVES E OUTRO(S)

VOTO

*PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. RENDA MENSAL INICIAL. CORREÇÃO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. IRSM DE FEVEREIRO DE 1994. ÍNDICE DE 39,67%. SEGURADO BENEFICIÁRIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ,*



*ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQÜENTE.*

*1. De acordo com a redação original do art. 29 da Lei 8.213/97, vigente na data da concessão do benefício, o salário-de-benefício do auxílio-doença será calculado utilizando-se a média aritmética simples dos últimos salários de contribuição anteriores ao afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento.*

*2. Na hipótese dos autos, o afastamento da atividade pelo segurado ocorreu quando da concessão do auxílio-doença, motivo pelo qual a renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.*

***3. Incide, neste caso, o art. 36, § 7º do Decreto 3.048/99, o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.***

*4. Cumpre esclarecer que, nos termos do art. 55, II da Lei 8.213/91, somente se admite a contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo. Assim, nessa situação, haveria possibilidade de se efetuar novo cálculo para o benefício de aposentadoria por invalidez, incidindo o disposto no art. 29, § 5º da Lei 8.213/91, que determina que os salários-de-benefícios pagos a título de auxílio-doença sejam considerados como salário-de-contribuição, para definir o valor da Renda Mensal Inicial da aposentadoria.*

*5. A jurisprudência do STJ já pacificou o entendimento de que na atualização dos salários-de-contribuição dos benefícios em manutenção é aplicável a variação integral do IRSM nos meses de janeiro e fevereiro de 1994, no percentual de 39,67% (art. 21, § 1º da Lei 8.880/94). (REsp. 226.777/SC, 3S, Rel. Min. HAMILTONCARVALHIDO, DJU 26.03.2001).*

*6. No caso, tendo o auxílio-doença sido concedido em 12.06.1989, foram utilizados para o cálculo do salário-de-benefício os salários-de-contribuição anteriores a essa data, o que, por óbvio, não abrangeu a competência de fevereiro de 1994 no período básico do cálculo, motivo pelo qual o segurado não faz jus à pleiteada revisão prevista na MP 201/2004.*

*7. Recurso Especial do INSS provido.*

Por sua vez, acolhendo a orientação da Turma Nacional de Unificação de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, o MM. Juiz Rodrigo de Souza Cruz proferiu a seguinte decisão (sem destaques no original):

**“PODER JUDICIÁRIO**

**JUSTIÇA FEDERAL**

**SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTA CATARINA**

**SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JOINVILLE**

**1.ª VARA PREVIDENCIÁRIA E JEF PREVIDENCIÁRIO ADJUNTO**

**Processo n.º 2007.72.51.005156-0**

**Autor(a) JOÃO AQUILINO SERAFIM**

**Réu INSS**

**SENTENÇA**

Trata-se de ação previdenciária onde a parte autora busca a revisão do cálculo da RMI de seu benefício de aposentadoria por invalidez, de acordo com a sistemática prevista pelo § 5.º do art. 29 da Lei n.º 8.213/91.

No mesmo sentido da 1.ª TRSC no julgamento do processo 2004.72.01.003073-9, guardava o entendimento de que o art. 36 do Decreto n.º 3.048/99, ao regulamentar a sistemática de cálculo da aposentadoria por invalidez, extrapolou os limites de

regulamentação da LBPS, contrariando o art. 29, § 5.º, da Lei n.º 8.213/91. **Observo que a respeito da matéria, inclusive foi editada pela mencionada Turma Recursal a Súmula n.º 09.**

**Todavia, sobreveio o julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência (processo n.º 2007.51.51.007462-9), no qual a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos JEF deu provimento ao recurso do INSS, reconhecendo a legalidade da aplicação do art. 36, § 7.º, do Decreto n.º 3.048/99, no cálculo da RMI dos benefícios de aposentadoria por invalidez, precedidas de auxílio-doença.**

**Portanto, revejo meu posicionamento, passando a acompanhar o entendimento da Turma Nacional de Uniformização.**

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido. Sem custas e honorários nesta instância, a teor do art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96 e do art. 55 da Lei nº 9.099/95, c.c. art. 1º da Lei nº 10.259/01.

Transitada em julgado esta sentença, dê-se baixa na distribuição, com as cautelas necessárias.

Publique-se. Intimem-se

**Rodrigo de Souza Cruz**

**Juiz Federal”**

## CONCLUSÃO

Por tais razões jurídicas que o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, buscando expressar o real sentido da Lei conforme a Constituição Federal (e não com o intuito de adulterá-la), dispôs no § 7º do seu art. 36 sobre o método de cálculo do benefício decorrente de transformação, sem afrontar o § 5º do art. 29 da LBPS.

Em última análise, essa a única interpretação da Lei compatível com o regime jurídico-constitucional da Previdência Social, de caráter contributivo e que tem como diretriz no estabelecimento de critérios para a concessão das suas prestações a busca do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, de modo a garantir que as futuras gerações também desfrutem do mesmo. Nesse diapasão, importa mencionar as palavras do Ministro Joaquim Barbosa ao deferir liminar em Reclamação Constitucional<sup>16</sup> proposta pelo INSS:

**“É de se ressaltar, outrossim, que não se está aqui simplesmente a defender o patrimônio da autarquia ré. Isso porque, antes de pertencer à pessoa jurídica da administração descentralizada do Estado, trata-se de patrimônio pertencente a todos os que contribuem para o Sistema de Seguridade e que se encontram por ele protegidos.”**

## DOS REQUERIMENTOS E DO PEDIDO

Em razão do que restou esposado, espera o INSS seja julgado improcedente o pedido e condenada a parte autora nos ônus da sucumbência, como medida de Justiça em razão de não seguir-se o entendimento exposto na sua Súmula de n. 09 ou, sucessivamente, por considerar-se não aplicável, o entendimento consubstanciado na referida Súmula quando o benefício da parte demandante houver sido concedido antes da entrada em vigor da Lei 9.876, de 26/11/1999, vale dizer, antes de **29/11/1999**.

Em consequência, pleiteia a autarquia a improcedência dos pedidos sucessivos arrolados na petição inicial, a produção de todas as provas em Direito admitidas e, em caso de procedência de qualquer dos pleitos contidos na peça vestibular, a limitação da condenação ao teto estipulado pelo art. 3º da Lei n. 10.259/2001, a decretação da **decadência** do direito a pleitear a revisão pretendida ou da **prescrição** das parcelas eventualmente vencidas há mais de cinco anos a contar do ajuizamento desta demanda e que os

<sup>16</sup> Reclamação n. 3237, DJ Nr. 73 - 18/04/2005.

efeitos da condenação operem somente a partir da data da citação.

**Para a hipótese de procedência do pedido, PREQUESTIONA-SE a violação ao disposto nos seguintes dispositivos da Constituição da República: arts. 2o, 5o, *caput* e XXXVI, 84, IV, 201, *caput*, parágrafo 1o (vedação a critérios não isonômicos para concessão de benefícios), parágrafos 4o e 5o, bem como aos preceitos constantes do art. 195 (inclusive seu parágrafo 5o), que disciplinam sistematicamente o financiamento da seguridade social.**

Protesta por todos os meios de provas em direito admitidas.

Pede Deferimento.

Recife, 05 de maio de 2008.

***Clístenes Leite Patriota***  
PROCURADOR FEDERAL  
Mat. 1.480.096