



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DIREITO**

ERNANE GOMES DA SILVA JÚNIOR

**INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE NA ALTA
PROGRAMADA DO INSS**

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

ERNANE GOMES DA SILVA JÚNIOR

Inconstitucionalidade e Ilegalidade na Alta Programada do INSS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Francisco Cleidson
Tavares Lopes

**CAMPINA GRANDE - PB
2014**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S586i Silva Júnior, Ernane Gomes da
Inconstitucionalidade e ilegalidade na alta programada do
INSS [manuscrito] / Ernane Gomes da Silva Junior. - 2014.
19 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.

"Orientação: Prof. Esp. Francisco Cleidson Tavares Lopes,
Departamento de Direito".

1. Direito Previdenciário. 2. Inconstitucionalidade. 3.
Ilegalidade I. Título.

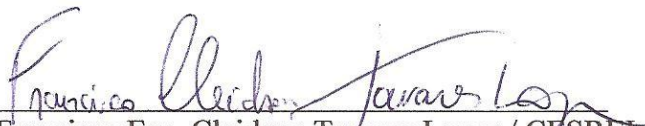
21. ed. CDD 344

ERNANE GOMES DA SILVA JÚNIOR

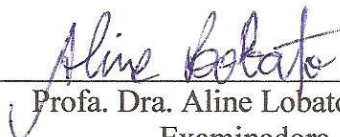
Inconstitucionalidade e Ilegalidade na Alta Programada do INSS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 07/07/2014



Prof. Francisco Esp. Cleidson Tavares Lopes / CESREI
Orientador



Profa. Dra. Aline Lobato / UEPB
Examinadora



Prof. Esp. Laplace Guedes Alcoforado Carvalho / UEPB
Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo identificar a inconstitucionalidade e a ilegalidade do procedimento da Cobertura Previdenciária Estimada (COPEs), também conhecida por programa data certa ou alta programada, apresentada pelo artigo 1º, do Decreto nº. 5.844, de 13 de julho de 2006, que consiste na prefixação de data de alta médica pelo perito da autarquia previdenciária, independentemente de submeter o segurado a novo exame médico. Este mecanismo é inconstitucional, pois, fere diversos diplomas legais, uma vez que é direito do segurado ter sua capacidade avaliada por uma nova perícia médica, buscando verificar se essa reabilitação foi parcial, total, ou se persiste a incapacidade. A alta programada afronta a Constituição Federal em vários aspectos, inclusive ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais fundamentais nela previstos. Ela também é ilegal, uma vez que viola a Lei 8.213/91, a qual não permite alta programada enquanto persistir a incapacitação que motivou a concessão do benefício, por se tratar de grave ofensa e violação aos princípios assegurados em nossa Carta Magna.

PALAVRAS – CHAVE: Alta Programada, Inconstitucionalidade, Ilegalidade.

ABSTRACT

This study aims to identify the unconstitutionality and illegality of the procedure of Social Security Coverage Estimate (COPES), also known as program scheduled date certain or high, presented by Article 1 of the Decree. 5844 of 13 July 2006, which consists of fixing the date of medical discharge by expert social security authority, regardless of the insured to undergo further medical examination. This mechanism is unconstitutional because it hurts several legal instruments, since the insured is entitled to have their ability assessed by a new medical expertise, seeking to verify if this healing was partial, full, or if the failure persists. The scheduled high affront to the Constitution in several respects, including injuring the principle of human dignity and fundamental social rights provided for therein. It is also illegal, as it violates the Law 8.213/91, which does not allow self programmed while persisting disability which led to granting the benefit, because it is a serious offense and violation of the principles guaranteed in our Constitution.

KEY WORDS: Self Programmed, Unconstitutionality, Illegality.

1. INTRODUÇÃO

O programa Alta Programada somente se aplica ao benefício de auxílio-doença, pois trata-se de benefício por incapacidade. O auxílio-doença é um benefício da Previdência Social previsto na Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, concedido ao segurado empregado que, após cumprir os requisitos exigidos em lei, não tiver capacidade por mais de 15 dias consecutivos de exercer a sua atividade laboral, onde a partir do décimo sexto será concedido a ele o benefício de auxílio-doença.

A Alta Programada foi implantada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e surgiu com a alteração do artigo 78, do Decreto nº. 3.048/99, promovida pelo artigo 1º, do Decreto nº. 5.844, de 13 de julho de 2006. Este mecanismo permite que o INSS estabeleça, mediante avaliação médico-hospitalar, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, dispensada, nessa hipótese, a realização de nova perícia.

A Alta Programada rompe o elemento proteção e recuperação, pois o benefício é cortado imediatamente, inclusive sem a realização de perícia médica. Ou seja, o INSS diz com exatidão o dia que o benefício irá cessar, independentemente da cura do segurado.

No momento da data prevista, o sistema acusa a “capacidade” do segurado e, conseqüentemente, autoriza o retorno do obreiro ao labor sem que seja novamente avaliado. Ocasionalmente assim vários transtornos àqueles trabalhadores que nesta data ainda não se encontram com a sua saúde restabelecida.

Desse modo, o presente trabalho, através de um estudo detalhado acerca do assunto abre os seguintes questionamentos: O Decreto da Alta Programada tem força suficiente para impedir o recebimento do auxílio-doença por uma pessoa que ainda não se recuperou? O segurado deve buscar o apoio judicial antes de expirado o prazo estabelecido pelo INSS? Como o juiz pode enquadrar o INSS nos termos da lei e da Constituição Federal, obrigando a realização de perícia médica antes de qualquer decisão sobre o corte do benefício?

Para responder a tais questionamentos levantados durante este estudo, será considerada uma metodologia de pesquisa de caráter bibliográfico, exploratória e descritiva. Com estudo elaborado com a parte teórica, apoiada na consulta a teóricos especialistas, jurisprudências e leis que tratam da matéria.

A pesquisa bibliográfica trata-se de uma elaboração a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e material disponibilizado na Internet.

2. O AUXÍLIO-DOENÇA

De acordo com orientações do INSS¹, disponíveis para consulta no site dessa autarquia, o auxílio-doença é um benefício concedido ao segurado impedido de trabalhar por doença ou acidente por mais de 15 dias consecutivos. No caso dos trabalhadores com carteira assinada, os primeiros 15 dias são pagos pelo empregador, e a Previdência Social paga a partir do 16º dia de afastamento do trabalho. No caso do contribuinte individual (empresário, profissionais liberais, trabalhadores por conta própria, entre outros), a Previdência paga todo o período da doença ou do acidente (desde que o trabalhador tenha requerido o benefício).

Assim, para ter direito ao benefício, o trabalhador tem de contribuir para a Previdência Social por, no mínimo, 12 meses. Esse prazo não será exigido em caso de acidente de qualquer natureza (por acidente de trabalho ou fora do trabalho). Para concessão de auxílio-doença é necessária a comprovação da incapacidade em exame realizado pela perícia médica da Previdência Social.

Terá direito ao benefício, sem a necessidade de cumprir o prazo mínimo de contribuição, a pessoa que tenha qualidade de segurado, o trabalhador acometido de tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, doença de Paget (osteíte deformante) em estágio avançado, síndrome da deficiência imunológica adquirida (Aids) ou contaminado por radiação (comprovada em laudo médico).

O trabalhador que recebe auxílio-doença é obrigado a realizar exame médico periódico e participar do programa de reabilitação profissional prescrito e custeado pela Previdência Social, sob pena de ter o benefício suspenso, ou seja, o INSS mantém serviços que tem o objetivo de oferecer, aos segurados incapacitados para o trabalho (por motivo de doença ou acidente), os meios de reeducação ou readaptação profissional para o seu retorno ao mercado de trabalho.

¹ <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/instituto-nacional-do-seguro-social-inss/>

Não tem direito ao auxílio-doença quem, ao se filiar à Previdência Social, já tiver doença ou lesão que geraria o benefício, a não ser quando a incapacidade resulta do agravamento da enfermidade.

O auxílio-doença deixa de ser pago quando o segurado recupera a capacidade e retorna ao trabalho ou quando o benefício se transforma em aposentadoria por invalidez.

3. SISTEMÁTICA DA ALTA PROGRAMADA

A Alta Programada está prevista no artigo 1º, do Decreto nº. 5.844, de 13 de julho de 2006, que alterou o artigo 78, do Decreto nº. 3.048/99:

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

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

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

§ 3º O documento de concessão do auxílio-doença conterá as informações necessárias para o requerimento da nova avaliação médico-pericial. (NR)

Esse procedimento já era adotado administrativamente independente de qualquer normativa legal específica, apenas por força da Orientação Interna Conjunta nº 01 Dirben/PFE, de 13 de setembro de 2005. Considerada pseudo-norma jurídica, já que era considerada "interna" por se tratar de algo secreto, só acessível ao pessoal integrante dos quadros administrativos do INSS.² Decorre do programa conhecido como COPES (Cobertura Previdenciária Estimada).

Até agosto de 2005, o benefício auxílio-doença era concedido por prazo indeterminado, ou seja, o benefício seria devido enquanto houvesse a incapacidade que lhe deu origem. Contudo, o segurado deveria fazer perícia médica regularmente, ou seja, a cada dois meses os médicos peritos do Instituto Nacional do Seguro Social averiguariam se ainda existia ou não a incapacidade do segurado para o trabalho.

Entretanto, a partir de agosto de 2005 esse procedimento foi modificado. Após essa data o benefício passou a ser concedido por tempo determinado, ou seja, o médico fixa a data

² BALERA, Wagner. Alta Programada – Quem Foi o Gênio Que Estimou Tempo De Cura Para Doenças? In: Consultor Jurídico, 08 abr. 06. p. 2.

de encerramento do benefício, estabelecendo o tempo necessário para a recuperação. Esse novo procedimento é chamado de alta programada ou data certa.

De acordo com o Decreto nº. 5.844/06, na perícia inicial, depois de confirmada a incapacidade para o exercício da atividade laboral e concedido o benefício de auxílio-doença comum ou acidentário, o médico perito, mediante avaliação, estipula, com base em sua capacidade técnica, o prazo que achar suficiente para a volta ao trabalho por parte do segurado. Findando este período, será suspenso automaticamente o pagamento do benefício, neste caso, sendo dispensada uma nova perícia médica. Contudo, não é possível, um médico, estipular com precisão a data em que o segurado estará apto a retornar à atividade que habitualmente exercia.

Assim, na data certa, o computador devidamente programado avisa que determinado segurado, até então doente, deve receber alta. A justificativa nada tem que ver com a doença. Trata-se, mais propriamente, de reduzir custos com a manutenção do benefício do auxílio-doença. Expirado o prazo que foi dado pela autarquia, o segurado é orientado para retornar dentro de 30 dias. Nesse período, pode ocorrer sua demissão, mas o problema não é do INSS.

Na prática, a alta programada dá-se da seguinte forma: o trabalhador passa por uma perícia na qual o médico confronta o código da enfermidade ou lesão diagnosticada com o tempo estimado de permanência em gozo do benefício apresentado pelo programa de computador utilizado pela autarquia, o qual se baseia em estudos estatísticos de diagnóstico, tratamento e tempo de recuperação de milhares de benefícios concedidos, sendo lançado no sistema informatizado do INSS a data de alta do segurado e o conseqüente encerramento do benefício.³

A justificativa da autarquia para a adoção do referido mecanismo, é que ele auxilia na melhoria do sistema previdenciário, disciplinando a concessão do benefício temporário em todos os postos de atendimento do INSS. Tornando mais rígidos e seguros os processos de concessão de auxílio-doença, diminuindo fraudes na obtenção de benefícios e racionalizando as perícias, evitando que os segurados as façam desnecessariamente. Além de reduzir o déficit, sob o fundamento de que cresceu o número de benefícios de auxílio-doença.

Com essa alteração, ficam os segurados em uma situação ainda mais vulnerável, já que ao final do prazo de "cura" estipulado pelo médico perito do INSS deverão retornar ao trabalho independentemente da situação em que se encontrem, devendo fazer outro

³ OLIVEIRA, Marcel Thiago de. Alta programada: Afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Jus Navigandi. Disponível em: [HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/12882](http://jus.uol.com.br/revista/texto/12882). Acesso em 02 de junho de 2013

requerimento. O sistema, com certeza, estará dificultando o recebimento de um benefício do segurado; benefício esse ligado ao direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana.

4. A ILEGALIDADE E A INCONSTITUCIONALIDADE DA ALTA PROGRAMADA

A alta programada é claramente ilegal e inconstitucional, pois seus efeitos são danosos aos trabalhadores, tendo em vista que com a alta médica e a cessação do benefício, a única alternativa do segurado é retornar a sua atividade laboral devido à necessidade de manter sua subsistência e de sua família.

Caso o segurado não tenha condições de desempenhar seu labor de forma adequada e em igualdade de condições com os demais trabalhadores da empresa, o resultado, muito provavelmente, será sua dispensa.

Do mesmo modo, o segurado poderá sentir-se apto ao trabalho e ao retornar poderá haver uma piora em seu quadro clínico e o problema que antes poderia ser resolvido pelo afastamento por período irrisório, poderá se converter num quadro mais difícil e duradouro. Necessitando assim do pagamento de benefícios que onerarão de forma significativamente maior os cofres previdenciários.

Quando concede alta ao assegurado ainda incapacitado para o retorno ao trabalho, obrigando-o a reassumir seu labor para manutenção de sua subsistência e de sua família, em face da cessação do pagamento do benefício, a autarquia previdenciária afronta a Constituição Federal, a qual estabelece em seu artigo 1º os fundamentos que regem a República Federativa do Brasil. Merecendo destaque o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, quais sejam: "a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição"⁴, previstos taxativamente no artigo 6º do Texto Magno.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundante do Estado Democrático de Direito e um dos pilares estruturais da organização do Estado Brasileiro (art. 1º, CF).

Anterior e hierarquicamente superior, a dignidade da pessoa humana é mais que um direito fundamental, sendo a razão de existir do próprio Estado e das leis, a viga-mestra que imanta toda a Constituição, projetando-se sobre todo o ordenamento jurídico.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2014. Art. 6º

O sempre impecável doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet⁵ bem explicita a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana sob o prisma da inclusão social do indivíduo a partir da atuação positiva do Estado, ao expor que:

"... uma proteção jurídica da dignidade reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, nomeadamente, a prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um auto – enquadramento no processo de interação social. (...) Como, ainda, bem refere o autor, tal conceito de dignidade não implica a desconsideração da dignidade (e sua proteção) no caso de pessoas portadoras de deficiência mental ou gravemente enfermos, já que a possibilidade de proteger determinadas prestações não significa que se esteja a condicionar a proteção da dignidade ao efetivo implemento de uma dada prestação, já que também aqui (...) o que importa é a possibilidade de uma prestação. (...)". (SARLET, Ingo Wolfgang. 2006, p.36)

Os princípios de direito, e notadamente os princípios constitucionais, apresentam as características de coercitividade e de imperatividade, sendo que em âmbito constitucional a coercitividade se expressa num grau ainda mais contundente do que nas outras normas jurídicas. Já que as regras e os princípios constitucionais, mais que meras normas jurídicas, são normas de hierarquia superlativa, submetendo todo o conjunto normativo inferior às suas disposições expressas e aos desígnios dos valores consagrados em seu bojo. Mesmo que implícitos, abrangendo o ordenamento normativo não apenas enquanto sistema teórico, mas vinculando também todos os seus efeitos práticos.

A Constituição Federal sinaliza, ainda, em seu artigo 194, que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade. Destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, com base nos objetivos elencados em seu parágrafo único.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2006

VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (NR)

Além disso, afronta seu art. 170, caput, onde afirma que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social⁶. Sendo impossível conciliar o referido mecanismo com o princípio fundante da ordem econômica, qual seja, a valorização do trabalho. Com efeito, o exercício da atividade pelo trabalhador lesionado ou enfermo contraria o objetivo da norma de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Vale ressaltar, também, o descaso com o art. 196, da Carta Magna, que trata do dever do Estado e direito de todo cidadão à saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Desse modo, a permanência do trabalhador incapacitado no seu meio de trabalho causa o natural desgaste físico e psicológico, desdenhando da previsão constitucional de promoção, proteção e recuperação da saúde do cidadão e, principalmente, dos objetivos da própria seguridade social.

Cabe ao Estado a criação de uma rede de proteção capaz de atender os anseios e necessidades de todos na área social, mantendo um padrão mínimo de vida, sendo que ao tratar da Seguridade Social na Constituição Federal de 1988, o constituinte claramente adotou o Estado de bem-estar social⁷. Cujo sentido encontra-se atrelado à ideia de cooperação, ação concreta do ideal de solidariedade, ao passo que por justiça social entende-se o fundamento do desenvolvimento nacional, diretriz axiológica para o intérprete e aplicador das normas protetivas.⁸

5. A ILEGALIDADE PERANTE OS OBJETIVOS DA SEGURIDADE SOCIAL

⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2014. Art. 170.

⁷ "Estado de Bem-estar Social ou Estado-providência (em inglês: Welfare State) é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado (nação) como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com a nação em questão. Cabe ao Estado do bem-estar social garantir serviços públicos e proteção à população." (In: SCHUMPETER, Joseph E. On the Concept of Social Value. In Quarterly Journal of Economics, volume 23, 1908-9. p. 213-232).

⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 2009. p. 5.

Os objetivos da Seguridade Social encontram-se elencados no artigo 194, parágrafo único, da Carta Magna.

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

O ato administrativo do INSS que estabelece a Alta Programada além de ser inconstitucional também é ilegal, pois contraria não só a Constituição Federal, mas também a Lei 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social).

Em seu artigo 1º a Lei 8.213/91 preceitua que é dever da Previdência Social, mediante contribuição, assegurar aos seus beneficiários os meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

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

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

A alta programada afronta o art. 62, da Lei 8.213/91, posto que não permite a efetiva aferição da capacidade de retorno ao trabalho. Tendo em vista que a medicina não é uma ciência exata, não existe a possibilidade de o médico prever com segurança e exatidão o prazo em que a patologia que comprometeu a capacidade de trabalho do segurado estará curada, ou a data exata em que o segurado estará apto a retornar às suas atividades habituais.

Segundo o art. 101, da Lei 8.213/91 o segurado em gozo de auxílio-doença deve submeter-se a exames médicos periódicos para manutenção do benefício:

Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a

submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos. (NR)

Logo, se o artigo supracitado prevê a necessidade da realização de nova perícia para averiguação da manutenção ou não da situação de incapacidade, não é admissível sua dispensa para fins de cancelamento da prestação.

Também vale lembrar que o benefício (regulamentado pela Lei n.º 9.784/99) é concedido por meio de processo administrativo, o mesmo deverá também ser cessado por processo administrativo. Respeitando, dessa forma, o contraditório e a ampla defesa, posto que para o início do recebimento do benefício necessário se faz a perícia realizada pela autarquia, logo, para a cessação do benefício deve ser adotado o mesmo procedimento.

Portanto, o cancelamento do benefício sem o devido processo administrativo, sem ao menos realização de nova perícia, não tem validade jurídica. Por revestir-se de vício, tendo em vista seu caráter arbitrário e abusivo, além de afrontar princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, merece transcrição o voto do Desembargador do TRF 1ª Região, MS 2006.33.07.000632-1/BA:

“Como se sabe, a garantia constitucional, em seu sentido processual, tal como inserta no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que tem como consectários a ampla defesa e o contraditório, exige que a autoridade administrativa, no exercício de suas atividades, atue de maneira não abusiva e não arbitrária, para que seus atos tenham, assim, legitimidade ético-jurídica. Deste modo, em tendo havido o ato de suspensão sem que tenham sido assegurados ao prejudicado o devido contraditório e ampla defesa, deve ser restabelecido o pagamento ao benefício, sendo este o pedido formulado no mandamus e devendo nestes lindes manter-se a segurança concedida em primeiro grau. (TRF 1ª Região, MS 2006.33.07.000632-1/BA)”.

A alta programada fere diversos diplomas legais, posto que, é direito do segurado ter sua capacidade aferida por nova perícia médica, a fim de verificar se essa reabilitação foi parcial, total, ou se persiste a incapacidade.

Acerca do tema, o Voto da Desembargadora Federal Luciane Amaral Corrêa Münch diz, in verbis:

“Como se percebe da leitura dos dispositivos acima (no voto, são os arts. 60 e 62 da Lei 8.213/91), é incompatível com a lei previdenciária a adoção, em casos desse jaez, do procedimento de "alta programada", tendo em vista que fere o direito subjetivo do segurado de ver sua capacidade laborativa aferida através do meio idôneo a tal fim, que é a perícia médica. De fato, revela-se incabível que o Instituto preveja com antecedência, por meio de mero prognóstico, que em determinada data o segurado esteja apto ao retorno ao trabalho, sem avaliar efetivamente o estado de

saúde em que se encontra, tendo em vista que tal prognóstico pode não corresponder à evolução da doença, o que não é difícil de acontecer em casos mais complexos, como é o versado nos autos. (TRF 4ª Região, MS 2006.70.00.010597-5/PR)”.

Outra questão que surge neste caso é a possibilidade de uma Orientação Interna do INSS estabelecer a técnica da Alta Programada, mas, será que essa Orientação tem poder para inibir um direito do trabalhador? A resposta lógica é não, inclusive, o governo federal, diante das decisões do Poder Judiciário de declarar nula e ineficaz a prática reiterada de Alta Programada, transformou a Orientação Interna em um decreto: Decreto 5.844. Procurando assim, dar legalidade ao regulamento interno do INSS e visando manter o procedimento de concessão de alta programada, agora sobre outra denominação: DCB - Data de Cessação do Benefício.

6. A ILEGALIDADE EM RELAÇÃO AOS ATOS NORMATIVOS E ATOS NORMATIVOS ORIGINÁRIOS

Contudo, o executivo esqueceu-se da questão constitucional que trata da reserva legal na hierarquização das leis, assim como das restrições impostas à administração pública no uso do poder normativo ou regulamentar. Poder outorgado à Administração para editar atos veiculadores de normas (isto é, atos com efeitos gerais e abstratos).

Assim, os atos administrativos normativos, não se confundem com os atos normativos originários (leis), emanados do Poder Legislativo e expressão da vontade geral, cuja competência é outorgada imediatamente pela Constituição Federal. Assim, os atos administrativos normativos são derivados, logo, apenas explicitam ou complementam as leis, são atos infralegais, expedidos para a fiel execução da lei.

Resumindo, o poder normativo visa a orientação dos Órgãos da Administração acerca da interpretação e aplicação da lei, buscando a uniformidade. Tem eficácia interna (restrita) - os destinatários são os órgãos e agentes públicos. Contudo, na prática, atingem o administrado, violando o Princípio da Legalidade, pois só a lei obriga as pessoas. A rigor, os Administrados não deveriam ter a obrigação de conhecer o teor de resoluções, portarias, instruções, pois não são os seus destinatários.

Nesse sentido, a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, diz que o poder regulamentar é espécie do poder normativo, por isso, considera inadequada a utilização das expressões como sinônimas. Segundo sua classificação, o poder regulamentar é o poder de expedir regulamentos (em sentido estrito) - é o poder que "cabe ao Chefe do Poder Executivo

da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução".⁹

A Professora Di Pietro assinala ainda que, doutrinariamente, admitem-se dois tipos de regulamentos: o regulamento executivo e o regulamento independente ou autônomo. O primeiro complementa a lei ou, nos termos do artigo 84, IV da Constituição, contém normas "para fiel execução da lei"; ele não pode estabelecer normas contra legem ou ultra legem. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme artigo 5º-, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.¹⁰

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

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

Portanto, decreto é o instrumento veiculador do ato administrativo de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo (é a forma do ato administrativo). Regulamento é o conteúdo. Só decreto veicula regulamento. O decreto regulamentar é o ato expedido pelo Chefe do Poder Executivo, que veicula o regulamento de uma lei, enquanto que o decreto não regulamentar trata de outros assuntos.

Decretos e regulamentos são atos administrativos destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas, de modo expresso, explícito ou implícito, pela legislação, não podendo alterar as garantias da lei, já que como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei. E, por isso mesmo, não podem contrariar a lei, criar direitos, impor obrigações ou penalidades, pois "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (Princípio da Legalidade).

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª Edição. São Paulo: EditoraAtlas. 2002. p. 87

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª Edição. São Paulo: EditoraAtlas. 2002. p. 88

Examinando essa questão da hierarquização das leis, o saudoso professor Miguel Reale (1980) ensinava que não são leis os regulamentos ou decretos, porque estes não podem ultrapassar os limites postos pela norma legal que especificam ou a cuja execução se destinam. Tudo o que nas normas regulamentares ou executivas esteja em conflito com o disposto na lei não tem validade, e é susceptível de impugnação por quem se sinta lesado. A ilegalidade de um regulamento importa, em última análise, num problema de inconstitucionalidade. Pois é a Constituição que distribui as esferas e a extensão do poder de legislar, conferindo a cada categoria de ato normativo a força obrigatória que lhe é própria¹¹.

Nesse sentido o Professor José Afonso da Silva assinala que é absoluta a reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal. O que ocorre quando ela emprega fórmulas como: “a lei regulará”, “a lei disporá”, “a lei complementar organizará”, “a lei criará”, “a lei definirá”, etc.¹²

Enfim, de acordo com a Professora Di Pietro (2002), em todas essas hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 5º-, II, e 37, caput, da Constituição). Lembre-se que o Congresso Nacional dispõe agora de poder de controle sobre atos normativos do Poder Executivo, podendo sustar os que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V). E que o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como base no artigo 102, I, a, da Constituição, abrange não só a lei como também o ato normativo federal ou estadual. Em outras palavras, abrange também qualquer ato normativo baixado por órgãos administrativos.

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

Inclusive o artigo 62 da Lei 8213/91 diz que o segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que

¹¹ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 7ª Ed., Saraiva, São Paulo, 1980. p. 163.

¹² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1997.

seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Além disso, também é importante aplicar nesse caso a idéia do professor Marcus Orione¹³, o qual considera os direitos sociais como direitos fundamentais da pessoa. E explica que o posicionamento como direitos fundamentais dos direitos sociais significa que toda metodologia de interpretação aplicável aos direitos fundamentais deve ser colocada à disposição do sistema de segurança social, inclusive deve-se utilizar, para ambos, a mesma metodologia de interpretação. Portanto, hoje em dia os direitos sociais, assim como os direitos individuais, também devem ser tratados como cláusulas pétreas.

Portanto, nenhum decreto tem poder suficiente para derogar ou inibir o exercício de um direito fundamental. Logo, o Decreto da Alta Programada não tem força suficiente para impedir o recebimento do auxílio-doença por uma pessoa que ainda não se recuperou. Contudo, cabe ao segurado buscar o apoio judicial antes de expirado o prazo estabelecido pelo INSS. Assim, os juízes enquadrarão a autarquia federal nos termos da lei e da Constituição Federal, obrigando a realização de perícia médica antes de qualquer decisão sobre o corte do benefício.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alta programada abandona a proteção e promoção dos direitos humanos e afronta o ideal de justiça social, fraternidade e igualdade, anteriores e superiores a qualquer modelo de Estado. Ignorando assim qualquer sentido filosófico, religioso ou moral do que se entende por respeito ao próximo, omitindo-se, por completo, no desígnio de propiciar existência digna a todos.

Diante do exposto se faz declarar que o programa implantado pelo INSS com fulcro na Orientação Interna Conjunta nº 01 Dirben/PFE¹⁴, de 13 de setembro de 2005, e posteriormente mantido com base no artigo 1º, do Decreto nº. 5844, de 13 de julho de 2006, o qual alterou o artigo 78, do Decreto nº. 3.048/99 é flagrantemente inconstitucional. Representando implacável afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e

¹³ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Direitos Humanos e Direitos Sociais: interpretação evolutiva e segurança social. Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. São Paulo. V.1, n.1, Jan/Jun. 2006. p. 128

¹⁴ Dirben: Diretoria de Benefícios. PFE: Procuradoria Federal Especializada. Fonte: <http://www.diariodasleis.com.br/tabelas/213563.pdf>

valorização do trabalho como condição da dignidade humana, não excluindo a afronta aos direitos sociais à saúde e à previdência social.

O fato é que tal mecanismo, aplicado da forma como vem sendo aplicado, resulta no retorno ao trabalho de empregados que ainda não restabeleceram a capacidade laboral, e por consequência, na queda no rendimento e produtividade. Originando não só o impacto econômico, mas também, o agravamento das lesões ou enfermidades. Dilatando, dessa forma, o tempo do tratamento e recuperação desses trabalhadores.

A aplicação do mecanismo supracitado causará, ainda, o avanço das desigualdades sociais, com a propagação de camadas marginalizadas pelo Poder Público, sem prejuízo da onerosidade, ainda maior, aos cofres públicos, deixando de ser questão de ordem previdenciária e passando a ser problema de saúde pública.

A implantação da alta programada a fim de minimizar os custos, jamais poderá ser considerada uma medida racional, como almeja o INSS. E sim uma evidencia notória acerca da incapacidade do Estado em implantar formas viáveis e socialmente responsáveis para equilibrar receitas e despesas.

O Brasil somente será de fato um Estado Democrático de Direito, conforme preconiza a CF, quando práticas como a alta programada não exigirem determinação judicial para serem afastadas. Tendo em vista que referidas cessações deveriam, obrigatoriamente, partir do próprio Estado, consciente que sua existência deve-se em função da pessoa humana.

Conclui-se que o ato administrativo do INSS, em estabelecer a Alta Programada, é ilegal e inconstitucional, pois afronta a Lei 8.213/91 e a Constituição Federal, a qual institui as garantias de prevalência à vida, à saúde e a incolumidade física e mental de todos e em especial da classe trabalhadora.

O Governo Federal diante das decisões do Poder Judiciário de declarar nula e ineficaz a prática reiterada de Alta Programada, transformou a Orientação Interna em um decreto (Decreto 5.844), procurando dar legalidade ao regulamento interno do INSS e visando manter o procedimento de concessão de alta programada.

Logo, o Decreto 5.844 é ilegal e inconstitucional, uma vez que restringe e obsta um direito do trabalhador, tendo em vista que o auxílio doença é um benefício garantido pela lei e para o qual o trabalhador teve que contribuir previamente para ter o direito de percebê-lo. Assim, o referido decreto em nada modifica a condição de ilegalidade já reconhecida pelo Poder Judiciário, ratificando a nítida intenção do governo em negar vigência à Lei 8.213/91

que não admite a Alta Programada enquanto permanecer a incapacidade que motivou a concessão do benefício.

Mesmo sendo um procedimento ilegal e inconstitucional, a alta programada continua sendo válida e aplicada. Porém, indo de acordo com as ideias apresentadas, já se tramita no congresso o Projeto de Decreto Legislativo nº 50, DE 2011. Onde sugere a suspensão da aplicação do disposto no Decreto nº 5.844, de 13 de julho de 2006, de autoria Deputado Geraldo Resende, tendo como relator o deputado Amauri Teixeira.

Afirma-se, portanto, que o instituto da alta programada é manifestamente inconstitucional e ilegal, por ferir vários dispositivos vigentes, inclusive a carta magna e seus princípios, amplamente difundidos no presente trabalho de pesquisa.

O ideal seria uma reforma desse sistema, capaz de conciliar os direitos sociais sem desequilibrar excessivamente os cofres públicos. Uma opção seria a adoção de um mecanismo que estabelece uma data prevista para o fim do benefício, assim como na alta programada, porém que continue ativo, caso ocorra novo pedido de prorrogação, até a realização da nova perícia médica. Sendo que o trabalhador continuaria amparado até que fosse constatada, através de uma nova perícia, a capacidade plena do trabalhador para o retorno ao trabalho. Ao invés de lançar o trabalhador a própria sorte em um mercado de trabalho cada vez mais competitivo sem as mínimas condições de disputar com igualdade as escassas vagas existentes.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **Alta Programada – Quem Foi o Gênio que Estimou Tempo de Cura Para Doenças?** In: Consultor Jurídico, 08 abr. 2006. p. 2.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei n. 5.844/06**, de 13 jul. 2006.

BRASIL. **Plano de Benefícios da Previdência Social**. Lei n. 8.213/91, de 24 jul. 1991

BRASIL. **Regulamento da Previdência Social**. Decreto n. 3.048/99, de 06 mai. 99.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direitos Humanos e Direitos Sociais: Interpretação Evolutiva e Segurança Social**. Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. São Paulo. V.1, n.1, Jan/Jun 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª Edição. São Paulo: EditoraAtlas. 2002.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 14 ed.- Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>? Acesso em 20 de junho de 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 7ª Ed., Saraiva, São Paulo, 1980).

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª Ed. SãoPaulo:Malheiros Editores. 1997.