

MP 871/19: detalhamento técnico e análise imparcial

João Marcelino Soares

Advogado, Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/PR, Ex-Chefe de Acordos Internacionais do INSS (APSAI Curitiba), Gerente de APS do INSS em Santa Catarina, Especialista em Direito Previdenciário e Processual Previdenciário pela PUC/PR, Professor em cursos de pós-graduação

Introdução

Além de um instrumento de proteção social ao indivíduo e aos seus direitos fundamentais, o Direito Previdenciário também pode ser observado em seu aspecto formal, como uma ciência jurídica, um ramo do Direito Público, que possui como objeto de estudo a previdência social.

E tal objeto não passa de uma complexa criação humana. Fruto do intelecto e da criatividade, ela pode assumir variadas formas, alterando-se no tempo e no espaço em que é analisada. Seu grau de avanço e sofisticação dependerá de inúmeros aspectos, diferentes em cada Estado soberano (modelo econômico, regime político...) e em cada realidade atuarial (expectativa de vida, taxa de mortalidade, taxa de natalidade, envelhecimento populacional...).

Por isso, a previdência social é altamente dinâmica, embora sempre deva guardar sua essência protetiva e a confiabilidade de seu destinatário. A problemática reside, contudo, quando a mudança possui escopo escuso, não revelado diretamente, ou ainda quando a modificação ocorre unilateralmente, sem maior aprofundamento.

Infelizmente, esta alteração unilateral é comum na previdência social brasileira e corriqueiramente utilizada desde a década de 90, quando os imperativos neoliberais se contrapuseram ao alargamento social encampado pelo constituinte originário de 88. Isso ocorre devido a uma das fontes formais do Direito Previdenciário: a medida provisória, que não possui a previdência social como um de seus limites materiais e cuja utilização ainda é fomentada pelo atual entendimento do STF, pelo qual o controle da relevância e da urgência somente é cabível em situações excepcionáíssimas.

Nesse cenário, a primeira mudança na previdência social em 2019 seguiu a mesma trilha de governos anteriores (v.g.: MP 664, MP 676, MP 739 e MP 767), com alteração unilateral, reprodução de fórmulas já utilizadas, algumas mudanças acertadas e interessantes e outras altamente questionáveis do ponto de vista técnico-científico.

Diante disso é que o presente estudo colima, de forma técnica e imparcial, analisar as mudanças no Regime Geral de Previdência Social advindas da MP 871/19.

1 Programas

Dois programas foram instituídos pela MP 871/19, ambos com duração até 2020 e possibilidade de prorrogação até 2022: um programa de análise (denominado de programa especial) e um programa de revisão.

O programa de revisão não é nenhuma novidade e foi instituído com moldes semelhantes ao antigo PRBI (Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade) previsto no art. 2º da MP 739/16 (rejeitada tacitamente) e reproduzido no art. 3º da MP 767/17, convertida na Lei 13.457/17, criado por orientação do item 7.1.1 da Nota Técnica nº 03/CGABEN/AUDGER/INSS, de 12 de maio de 2016, com fundamento legal no art. 42, § 4º, no art. 60, § 10, e no art. 101, *caput*, todos da Lei 8.213/91.

O antigo PRBI se limitava aos benefícios por incapacidade de longa duração – Bild (benefícios mantidos sem perícia há mais de 2 anos). Já o novo PRBI possui objeto mais amplo, contemplando os benefícios por incapacidade mantidos sem perícia há mais de 6 meses sem DCB (data de cessação do benefício) ou indicação de RP (reabilitação profissional), além dos benefícios assistenciais (benefício de prestação continuada – BPC) mantidos há mais de 2 anos sem revisão, além da possível inserção de outros benefícios.

O bônus do novo PRBI aumentou de R\$ 60,00 para R\$ 61,72 por perícia extraordinária realizada, cujas regras e detalhamento dependem de ato normativo da nova Secretária de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

Nesse ponto, deve-se frisar que não existe “pagamento por benefício cessado”, como irresponsavelmente é propalado por alguns. O pagamento é feito por perícia que cessa ou mantém o benefício, cujo trabalho do médico é

realizado como hora extra (com limite máximo), além da jornada de trabalho ordinária e do quantitativo exigido para as demais perícias.

Já o programa de análise (programa especial) é uma novidade, nunca antes instituído no INSS, e possui dois focos: i) benefícios com indícios de irregularidade; e ii) benefícios com potencial risco de realização de gastos indevidos pelo INSS.

Quanto aos benefícios com indícios de irregularidade, o programa visa resgatar maior efetividade no monitoramento operacional de benefícios – MOB, previsto no art. 11 da Lei 10.666/03. Pagar-se-á um bônus de R\$ 57,50 para o trabalho extraordinário do servidor administrativo do INSS que, além das atividades regulares de seu cargo em sua jornada ordinária de trabalho, analisar e concluir benefícios com indícios de irregularidade. Estima-se que há aproximadamente 3 milhões de processos pendentes nessa situação.

Nada muda em relação à necessidade de observância da ampla defesa e do contraditório, cujo procedimento está previsto no art. 11 da Lei 10.666/03, com alterações pontuais promovidas pela MP 871/19 com a nova redação conferida ao art. 69 da Lei 8.212/91, objeto de análise adiante.

Aqui cabe uma óbvia mas importante observação: o bônus é pago pela conclusão do processo do MOB, independente de seu resultado, que pode cessar o benefício por irregularidade (após o procedimento de ampla defesa) ou mantê-lo por constatar sua regularidade após findos os procedimentos previstos no art. 11 da Lei 10.666/03. Portanto, aqui também não existe “pagamento por benefício cessado”, mas sim pagamento por benefício analisado e concluído, independente do resultado.

Mas o programa especial também foca nos benefícios com potencial risco de realização de gastos indevidos pelo INSS, entendidos estes como aqueles indicados pelos órgãos de controle em notas técnicas e acórdãos (TCU e CGU), aqueles identificados por Força-Tarefa Previdenciária (em ações da PF em conjunto com MPF e o Ministério da Economia) e outros identificados como irregulares pelo INSS.

É justamente nesse ponto que surge o maior avanço, pois o bônus, após detalhamento em ato normativo do presidente do INSS, também focará no desrespeamento de benefícios requeridos e não analisados há mais de 45 dias, pois tais benefícios, a rigor, também se mostram irregulares do ponto de vista do art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91 e do art. 691, § 4º, da IN 77/15.

É isso que prevê o art. 1º, § 2º, da MP 871/19: “A análise dos processos administrativos de requerimento inicial e de revisão de benefícios administrados pelo INSS cujo prazo legal para conclusão tenha expirado na data de publicação desta medida provisória integrará o Programa Especial”.

Como se sabe, atualmente há um enorme acúmulo de benefícios requeridos e pendentes de análise na autarquia, devido ao novo fluxo estabelecido pelo INSS Digital, bem como à aposentadoria em massa de servidores no corrente ano. Assim, o bônus para análise extraordinária de processos também será direcionado para o desrespeamento de requerimentos pendentes há mais de 45 dias na data da publicação da emenda, o que beneficia milhões de segurados no Brasil, além de gerar economia para o INSS e amenizar a falta de servidores.

2 Pontuais mudanças procedimentais

Como visto acima, fora criado um programa especial para análise de benefícios com indícios de irregularidade ou com potencial risco de realização de gastos indevidos pelo INSS. Porém, o procedimento para isso se manteve, com algumas alterações pontuais, em que obrigatoriamente devem ser respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme já previa o art. 11 da Lei 10.666/03.

O indício de irregularidade pode ser constatado de diversas formas, seja na análise habitual de um processo por um servidor, seja por denúncias registradas na Ouvidoria do INSS, ou mesmo por indicação de órgãos de controle como o TCU e a CGU. Após identificado o indício de irregularidade, o procedimento segue um padrão pelo qual o beneficiário é notificado para apresentação da defesa em 10 dias, mantendo-se o benefício ativo; se a defesa apresentada for procedente, o procedimento de apuração é arquivado e o benefício se mantém ativo. Se a defesa não for apresentada ou for improcedente, o benefício é suspenso e nova notificação é realizada, comunicando o beneficiário da suspensão e oportunizando-lhe a interposição de recurso ordinário em 30 dias. Protocolado o recurso

administrativo, este não possui efeito suspensivo e a decisão da suspensão do benefício se mantém até decisão em contrário do CRPS. Caso não interposto o recurso, o benefício é cessado.

A MP 871/19 trouxe algumas alterações nesse procedimento. Previu-se que a notificação pode ocorrer pela rede bancária ou por meio eletrônico. Ainda pendente de regulamentação, é certo que tal notificação realizada por aviso em caixa eletrônico ou por *e-mail* somente deve ser considerada válida se efetivamente constatado que o beneficiário foi notificado, como ocorre atualmente com a carta com AR.

Ainda se previu que a defesa poderá ser apresentada por meio eletrônico, sem a necessidade de comparecimento a uma APS. Isso poderá ser concretizado futuramente, por exemplo, com apresentação da defesa por meio de advogado credenciado pelo INSS Digital ou mesmo pelo próprio segurado por meio do MEU INSS. O importante é que o meio eletrônico seja uma faculdade, e não uma obrigatoriedade ao segurado.

Também se previu que o recurso interposto da decisão que aprecia a defesa e suspende o benefício deve ter prioridade de tramitação em todas as instâncias do CRPS, o que deverá ser internalizado no regimento interno deste órgão, e deverão ser buscados meios para sua concretização, seja no **e-recursos**, seja no novo sistema que irá substituí-lo.

Outra alteração foi a possibilidade do bloqueio temporário do pagamento para fins de notificação ao beneficiário, o que já ocorria na prática, mas sem uma expressa fundamentação legal. Trata-se da situação em que o segurado não é encontrado e, assim, o INSS bloqueia temporariamente o pagamento até que o titular do benefício compareça a uma APS, momento em que ele é notificado da possível irregularidade e seu pagamento é prontamente reativado.

O bloqueio temporário do pagamento para fins de notificação é situação extraordinária e menos prejudicial ao segurado que a presunção de veracidade do endereço no CNIS ou a notificação editalícia, tendo em vista que efetivamente o beneficiário será notificado. Nesse sentido, a nova redação do § 9º do art. 69 da Lei 8.212/91 prevê que o bloqueio temporário somente poderá ocorrer se houver prova pré-constituída da suspeita de fraude ou irregularidade.

Também houve pequenas alterações no procedimento de prova de vida, que deve ser realizada anualmente pelo segurado perante a instituição financeira pagadora de seu benefício, em data que depende de cada órgão pagador (aniversário do correntista, aniversário da conta, etc.). As mudanças foram para beneficiar segurados idosos e/ou com dificuldade de locomoção: com mais de 60 anos haverá normatização de prova de vida agendada; e, acima de 80 anos ou com dificuldade de locomoção, a prova de vida poderá ser realizada por servidor do INSS mediante pesquisa externa, pela qual o servidor comparece à residência do beneficiário. A preocupação é válida; porém, deve-se destacar que a prova de vida também pode ser feita pelo procurador devidamente cadastrado no INSS, principalmente quando há dificuldade de locomoção, uma das situações permissivas do cadastramento de mandatário para recebimento de valores.

3 Prova de união estável e dependência econômica

O meio para se provar uma união estável ou dependência econômica para fins de pensão por morte e auxílio-reclusão diverge em âmbito administrativo e judicial. Na esfera administrativa exige-se a apresentação de pelo menos três dos documentos previstos no rol do art. 22, § 3º, do Decreto 3.048/99. Deve-se salientar que não é preciso apresentar três provas diferentes do citado rol; pode-se utilizar a mesma espécie de prova, desde que demonstrada a convivência no momento do fato gerador (art. 135, § 1º, IN nº 77/15).

Todavia, em âmbito judicial a prova de união estável ou dependência econômica é flexibilizada e não se exige início de prova material, podendo a prova ser feita exclusivamente por testemunhas (STJ, REsp 200501580257). Isso porque não existia na legislação nenhum dispositivo que trouxesse para esta situação o sistema tarifado de provas; a tarifação ocorria em decreto, em clara extrapolação do poder normativo. Prevalencia a persuasão racional e, por isso, a união estável e a dependência econômica poderiam ser comprovadas na via judicial exclusivamente por testemunhas.

Com a MP 871/19, a prova de união estável e dependência econômica não se funda mais exclusivamente no livre convencimento motivado; exige-se obrigatoriamente início de prova material contemporâneo aos fatos, exceto

em caso de força maior ou caso fortuito devidamente comprovado, semelhante ao que ocorre com a prova de tempo de serviço prevista no art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91.

A justificação administrativa ainda se mantém como meio de complementação do início de prova material, nos termos dos arts. 142 e seguintes do Decreto nº 3.048/99.

4 Inscrição *post mortem*

Com exceção do período de vigência do art. 282 da IN 11/06, o INSS não aceita a inscrição *post mortem* com vistas à concessão de pensão por morte, exceto para o segurado especial (art. 18, § 5º, do Decreto nº 3.048/99) cuja filiação é comprovada após o fato gerador.

O entendimento é o mesmo em âmbito judicial, conforme Súmula nº 52 da TNU: “Para fins de concessão de pensão por morte, é incabível a regularização do recolhimento de contribuições de segurado contribuinte individual posteriormente a seu óbito, exceto quando as contribuições devam ser arrecadadas por empresa tomadora de serviços”.

Assim, o que a MP 871/19 trouxe foi a normatização expressa da impossibilidade de inscrição *post mortem* nos casos de recolhimento pessoal, isto é, segurado facultativo e contribuinte individual que presta serviços para pessoas jurídicas. Caso o recolhimento seja mediante substituição tributária, pouco importa a existência ou não de contribuição, desde que comprovada a atividade remunerada do segurado, como ocorre com o contribuinte individual que presta serviços a pessoas jurídicas.

5 Prazo para requerimento de pensão por morte/auxílio-reclusão

Houve nova alteração no prazo para requerimento e efeitos financeiros de pensão por morte e, por consectário, do auxílio-reclusão. A Lei 13.183/15 havia aumentado o prazo de trinta para noventa dias para que o requerimento gerasse pagamento desde o óbito/prisão, com aplicação aos fatos geradores ocorridos após sua vigência. Transcorrido o prazo, o requerimento intempestivo gera efeitos financeiros desde a DER (data de entrada do requerimento).

Contudo, existiam duas exceções, pelas quais, mesmo sem observância do trintídio ou do prazo nonagesimal (a depender da data do fato gerador), a DIP (data de início do pagamento) deveria retroagir ao fato gerador, ou seja, coincidir com a DIB (data de início do benefício).

A primeira exceção hodiernamente possui escassa aplicação prática. Trata-se dos fatos geradores ocorridos antes da Lei nº 9.528/97, que alterou a Lei nº 8.213/91 e trouxe a regra dos 30 dias. Antes, o benefício sempre era devido desde o fato gerador, seja dependente capaz, seja incapaz, independentemente do lapso temporal transcorrido entre o falecimento/prisão e a DER. Nesse caso, deve-se respeitar apenas o lustrum prescricional, o qual não flui para os absolutamente incapazes.

A segunda exceção são os absolutamente incapazes para os quais não corre a prescrição ou a decadência (arts. 198, I, e 208 do Código Civil). Assim, mesmo decorridos os 30 ou 90 dias, os efeitos financeiros do benefício devem retroagir ao óbito, destacando-se que, da mesma forma, não corre a prescrição quinquenal das parcelas pretéritas. Desse modo, os 30 ou 90 dias somente teriam o início de seu transcurso a partir dos 16 anos de idade do dependente. Lembre-se que as demais situações de absoluta incapacidade foram revogadas do art. 3º do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.143/15).

Frise-se que o STJ possui entendimento (embora não pacificado) de que o transcurso de tal prazo também não correria para os relativamente incapazes (REsp 1.513.977); assim, segundo esse entendimento, os 30 ou 90 dias (a depender do momento do fato gerador) somente se iniciariam aos 18 anos de idade ou após findas outras situações de relativa incapacidade que ainda se mantiveram no art. 4º do Código Civil.

É justamente esse ponto que a MP 871/19 tenta alterar, com imposição de um prazo de 180 dias para que o menor de 16 anos de idade formule o requerimento administrativo e tenha a DIP fixada no fato gerador (na DIB, portanto). Transcorrido tal prazo, a MP 871/19 impõe que a DIP seja fixada da DER.

Essa certamente é uma das alterações mais discutíveis, visto que o Código Civil (arts. 198, I, e 208) é expresso na vedação do transcurso de prazo prescricional ou decadencial aos absolutamente incapazes. Poderia a lei especial (8.213/91) excetuar a regra especificamente para a concessão de benefícios previdenciários? Parece que a questão

vai além da aparente antinomia e deságua na necessidade de proteção dos absolutamente incapazes, o que exige ao caso uma interpretação teleológica e constitucional.

Ora, o motivo de não transcorrer prazo decadencial e prescricional ao absolutamente incapaz é para sua proteção, pois o requerimento do benefício não depende de sua volição. Obrigatoriamente o seu representante deve fazê-lo e, certamente, o menor não pode ser prejudicado no caso da inércia daquele. Por isso, a legislação o protege, resguardando seu direito (decadência), bem como o exercício deste (prescrição), para o momento em que o requerimento do benefício dependa exclusivamente de sua vontade, e não do alvedrio de seu representante.

Conforme dispõe o art. 227 da Constituição Federal, também cabe ao Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, entre outros, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e à dignidade. A partir do momento em que o próprio Estado retira a proteção do menor, fazendo com que a decadência e a prescrição transcorram para este, com possibilidade de eliminação de seus direitos, violado se encontra o referido dispositivo constitucional.

Dessarte, a nosso ver, a alteração é inconstitucional e deve ser interpretada conforme a Constituição, da seguinte maneira: para os absolutamente incapazes, há um prazo de 180 dias para o requerimento da pensão por morte/auxílio-reclusão, que somente inicia seu transcurso a partir dos 16 anos de idade, quando o prazo prescricional começa a fluir, conforme arts. 198, I, e 208 do Código Civil, com interpretação à luz da proteção do menor insculpida no art. 227 da Constituição Federal.

6 Prazo para requerimento do salário-maternidade

Como se sabe, o direito ao benefício previdenciário em si é imprescritível em sentido amplo, ou seja, não está suscetível à prescrição ou à decadência. Uma pessoa que preenche todos os requisitos para aquisição de um benefício previdenciário possui um direito adquirido, que não é afastado pelo curso temporal. O requerimento do benefício é apenas um ato formal para sua concretização por meio de um ato jurídico perfeito, que jamais pode ser confundido com o próprio direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado ou do seu dependente.

Mesmo que a pessoa formule o requerimento administrativo décadas depois da concretização de seu direito, este se mantém intocável e as consequências são apenas em seus efeitos financeiros. Por isso, o direito ao salário-maternidade não decai, mas opera-se a prescrição das parcelas pretéritas referentes ao lustro imediatamente anterior ao fato gerador, portanto, sem efeitos financeiros ao seu titular.

Sem embargo, a MP 871/19 trouxe um prazo decadencial ao salário-maternidade, dispondo que o próprio direito ao salário-maternidade decai se não requerido em até 180 dias contados do parto ou da adoção, exceto caso fortuito ou força maior.

A primeira inconsistência técnica na redação é a restrição do fato gerador do salário-maternidade ao parto e à adoção, uma vez que o salário-maternidade é multicausal, ou seja, além do parto e da adoção também pode ser originado da guarda para fins de adoção, do aborto não criminoso, do afastamento do trabalho dentro de 28 dias antes do parto, do nascimento de natimorto e até mesmo do óbito do titular do benefício quando origina direito ao seu cônjuge ou companheiro.

Mas o ponto mais discutível é justamente a criação do prazo decadencial de 180 dias: ultrapassado tal prazo, contado do fato gerador, o segurado perde o direito ao benefício. Isso viola gritantemente toda a lógica protetiva do benefício, além de afrontar a essência imprescritível dos benefícios previdenciários, como direitos fundamentais que não se extinguem com o transcurso do tempo, que apenas interfere nos efeitos financeiros.

Na prática, é comum seguradas que não sabem do seu direito ao salário-maternidade, principalmente desempregadas em período de graça e trabalhadoras rurais. O prazo de 180 dias é extremamente exíguo e deixará desamparadas tais beneficiárias se não houver o afastamento de tal dispositivo no momento da conversão da medida provisória em lei ordinária.

7 Resguardo de cota de pensão por morte

A MP 871/19 trouxe à baila a figura do “resguardo de cota” em caso de ação judicial em que se discute a qualidade de dependente em pensão por morte. O autor da ação poderá, mesmo antes de findo o processo judicial,

solicitar ao INSS sua habilitação provisória ao benefício e sua cota-parte ficará retida, sem pagamento a ele próprio nem aos demais dependentes. Com o trânsito em julgado do processo judicial, a cota-parte será paga ao autor da ação caso esta seja procedente; em caso de improcedência, a cota será rateada aos demais dependentes já habilitados, devidamente corrigida e de forma proporcional às suas cotas e ao tempo de duração.

Trata-se da situação em que o benefício já foi concedido a outros dependentes e um terceiro busca tardiamente sua habilitação como dependente. Nessas situações o INSS possui um regramento que evita o pagamento em duplicidade, conforme art. 365 da IN 77/15, mas que pode prejudicar o dependente tardiamente habilitado. Mesmo que este tenha direito ao recebimento desde o óbito, caso algum dependente já venha fruindo do benefício, o dependente habilitado posteriormente receberá desde a DER ou desde a DCB (data de cessação do benefício) do benefício anteriormente concedido.

Todavia, em âmbito judicial prevalece o entendimento pela necessidade de pagamento desde o óbito para o dependente posteriormente habilitado quando este não integra o mesmo grupo familiar dos dependentes que já vinham recebendo o benefício. Ou seja: o pagamento ocorre em duplicidade quando o posterior dependente não foi diretamente ou indiretamente favorecido pelo pagamento de valores aos outros dependentes (REsp 1354689/PB), situação muito comum em ações de reconhecimento *post mortem* de paternidade.

Nesse cenário, criou-se então a figura do “resguardo de cota”, visando afastar o pagamento em duplicidade pelo INSS, o que pode favorecer o dependente tardiamente habilitado que não teria seu benefício concedido judicialmente desde o óbito, por ser favorecido diretamente ou indiretamente pelo pagamento aos demais dependentes. Por outro lado, prejudica os dependentes já habilitados quando a ação judicial do dependente posteriormente habilitado for improcedente, pois aqueles receberão valores a que tinham direito somente após o trânsito em julgado do processo judicial, o que, na prática, pode demorar anos.

8 Pensão por morte e pensão alimentícia provisória

O art. 76, § 2º, c/c o art. 80, ambos da Lei nº 8.213/91, colocam como dependente de 1ª classe, tanto para a pensão por morte como para o auxílio-reclusão, o cônjuge separado (de fato ou judicialmente) ou divorciado do segurado, desde que receba pensão de alimentos. A *mens legis*, aqui, é a proteção do cônjuge separado ou divorciado, seja homem, seja mulher, que ainda possui dependência econômica do ex-marido ou da ex-esposa.

Embora figure na 1ª classe, a dependência econômica do ex-cônjuge não é presumida e, uma vez comprovada, concorre em iguais condições com os demais dependentes da mesma classe. Uma das provas dessa dependência é a existência de fixação de alimentos como obrigação do segurado ao ex-cônjuge, ainda que renunciado por este (Súmula 336, STJ).

Nessa situação, a prova de recebimento de pensão alimentícia, muitas vezes descontada da própria aposentadoria do segurado, torna automaticamente o ex-cônjuge dependente. Foi justamente aqui que a MP 871/19 trouxe alteração ao impor que, caso essa fixação de alimento seja temporária, o benefício de pensão por morte se manterá até o termo final da respectiva obrigação alimentar.

O problema surge a partir do momento em que se constata que não é somente a pensão alimentícia formalmente fixada que torna o ex-cônjuge dependente do segurado falecido. Qualquer tipo de ajuda financeira substitui a fixação de alimentos, entendimento este adotado pela própria autarquia previdenciária. E mais: a prova de “ajuda financeira” do ex-cônjuge não se confunde com a prova de dependência econômica, com exigência de apresentação de apenas um documento, consoante art. 372, II, da IN nº 77/15: “havendo declaração de que estava separado de fato, o cônjuge terá direito à pensão por morte, desde que apresente, no mínimo, um documento que comprove o recebimento de ajuda financeira sob qualquer forma ou recebimento de pensão alimentícia”.

Assim, se tiver fixação de alimentos prova-se a dependência; se não tiver, basta comprovar a existência de ajuda financeira com a apresentação de um único documento próximo ao óbito ou reclusão, como pagamento de contas do ex-cônjuge pelo segurado, depósitos mensais, entre outros.

Nesse passo, a dependente que possui uma pensão alimentícia provisória será prejudicada em relação a outra dependente que comprova ajuda financeira, pois esta última é fática, não existindo uma fixação de “ajuda financeira provisória”.

Frise-se, por fim, que no âmbito pretoriano ainda há decisões que vão além. Mesmo que não haja um auxílio financeiro do segurado, o ex-cônjuge pode ser caracterizado como dependente caso comprove que dependia economicamente do segurado, mesmo sem efetivamente receber o auxílio (Pedido 200738007369820, Juiz Federal José Antonio Savaris, DOU 17.06.2011).

9 Carência e qualidade de segurado

Um raio pode sim cair mais de uma vez no mesmo lugar. Aqui temos uma prova, com a terceira tentativa de extinção de regra de aproveitamento para carência de contribuições efetuadas antes da perda da qualidade de segurado.

O primeiro “raio” ocorreu com a MP 739/16, que fora tacitamente rejeitada e sem edição de decreto legislativo pelo Congresso Nacional (art. 62, § 3º, CF/88), sendo os fatos geradores ocorridos durante sua vigência por ela regidos (art. 62, § 11, CF/88).

Posteriormente, outro “raio” caiu no mesmo lugar, com a edição da MP 767/17 que, quando convertida na Lei 13.457/17, foi atenuada com a criação da regra do ½, cuja aplicabilidade ocorre para fatos geradores concretizados após a vigência da Lei 13.457/17.

E, pela terceira vez, a MP 871/19 tenta trazer a necessidade de o segurado verter a totalidade das contribuições exigidas para carência em caso de perda da qualidade de segurado, sem a possibilidade de aproveitamento para fins censurais de contribuições vertidas antes da perda de sua condição securitária.

Para melhor compreender a aplicação intertemporal dessas alterações, confira-se tabela abaixo:

| PERÍODO (fato gerador) | FUNDAMENTO | REGRA VIGENTE | APLICAÇÃO NO B31/B32 | APLICAÇÃO NO B80 |
|------------------------|---|--------------------------|---|--|
| Até 07.07.16 | Art. 24, parágrafo único, da Lei 8.213/91 | Regra do 1/3 | 4 contribuições após a reaqüisição da qualidade de segurado e antes do fato gerador para utilização das contribuições feitas antes da perda da qualidade de segurado, salvo situações de isenção carencial. | 3 contribuições após a reaqüisição da qualidade de segurado e antes do fato gerador para utilização das contribuições feitas antes da perda da qualidade de segurado, salvo situação de redução carencial. |
| 08.07.16 a 04.11.16 | Vigência da MP 739/16 | Extinção da regra do 1/3 | 12 contribuições após a reaqüisição da qualidade de segurado e antes do fato gerador, salvo situações de isenção carencial. | 10 contribuições após a reaqüisição da qualidade de segurado e antes do fato gerador, salvo situação de redução carencial. |
| 05.11.16 a 05.01.17 | Art. 24, parágrafo único, da Lei 8.213/91 | Regra do 1/3 | 4 contribuições após a reaqüisição da qualidade de segurado e antes do fato gerador para utilização das contribuições feitas antes da perda da qualidade de segurado, salvo situações de isenção carencial. | 3 contribuições após a reaqüisição da qualidade de segurado e antes do fato gerador para utilização das contribuições feitas antes da perda da qualidade de segurado, salvo situação de redução carencial. |

| | | | | |
|----------------------|---|--------------------------|--|---|
| 06.01.17 a 26.06.17 | Vigência da MP 767/17 | Extinção da regra do 1/3 | 12 contribuições após a requalificação da qualidade de segurado e antes do fato gerador, salvo situações de isenção carencial. | 10 contribuições após a requalificação da qualidade de segurado e antes do fato gerador, salvo situação de redução carencial. |
| 27.06.17 a 17.01.19 | Lei 13.457/17 (art. 27-A da Lei 8.213/91) | Regra do 1/2 | 6 contribuições após a requalificação da qualidade de segurado e antes do fato gerador para utilização das contribuições feitas antes da perda da qualidade de segurado, salvo situações de isenção carencial. | 5 contribuições após a requalificação da qualidade de segurado e antes do fato gerador para utilização das contribuições feitas antes da perda da qualidade de segurado, salvo situação de redução carencial. |
| A partir de 18.01.19 | Vigência da MP 871/19 | Extinção da regra do 1/2 | 12 contribuições após a requalificação da qualidade de segurado e antes do fato gerador, salvo situações de isenção carencial. | 10 contribuições após a requalificação da qualidade de segurado e antes do fato gerador, salvo situação de redução carencial. |

A interpretação deve se pautar no momento do fato gerador. Por exemplo, para um auxílio-doença cuja DII ocorreu em 20.01.19, é preciso que o segurado possua 12 contribuições como carência vertidas após a requalificação da qualidade de segurado e antes do fato gerador, ou seja, não pode aproveitar contribuições vertidas antes da perda da qualidade de segurado.

Outro exemplo: para um auxílio-doença cuja DII ocorreu em 20.06.2017, basta o segurado ter 4 contribuições após a requalificação da qualidade de segurado (e antes do fato gerador) para que possa aproveitar as contribuições vertidas antes da perda da qualidade de segurado. Se, por exemplo, a DII fosse fixada em 01.07.2017, o segurado deveria ter 6 contribuições após a requalificação da qualidade de segurado e antes do fato gerador, para que pudesse se utilizar de contribuições realizadas antes da perda da qualidade de segurado. Em todos esses exemplos, por óbvio, o segurado deve possuir a qualidade de segurado no momento do fato gerador.

Em princípio, a regra de carência pode ser modificada pela legislação ordinária; contudo, tal mudança não pode ser tão severa ao ponto de impedir o acesso do beneficiário ao seu direito. No caso em tela, a extinção de uma regra de reaproveitamento de contribuições penaliza o segurado que, a despeito de possuir um longo histórico contributivo, perdeu a qualidade de segurado e não conseguiu verter a totalidade da carência antes do fato gerador.

Imagine-se a hipótese de uma mulher com 20 anos de contribuição que perdeu sua qualidade de segurada e retornou a contribuir em 05.18 até a data do parto, ocorrido em 20.01.19. Após a requalificação da qualidade de segurada, essa pessoa possui 9 contribuições (05.18 a 01.19), o que não lhe daria direito ao benefício, pois o fato gerador ocorreu durante a vigência da MP 871/19, mesmo ela possuindo mais de 20 anos de contribuição em seu histórico.

Por isso, a nosso ver, pelo menos a regra do $\frac{1}{2}$ deveria ser mantida no momento da conversão da medida provisória em lei, sob pena de tornar deveras rígida a exigência carencial para o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez, o salário-maternidade e até mesmo o auxílio-reclusão com fato gerador após 18.01.19, caso mantida a exigência de carência para este último benefício.

10 Prova do segurado especial

A MP 871/19 previu que as informações relativas ao segurado especial devem constar no CNIS, com manutenção e atualização anual, conforme dispuser futuro regulamento. E, a partir de 01.2020, a comprovação da condição de segurado especial se fará exclusivamente pelas informações previamente alimentadas no CNIS, com exigência de documentação pelo INSS tão somente em caso de divergências nessas informações.

Até 01.2020 a prova será feita por declaração do próprio segurado ratificada por entidades executoras do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária – Pronater, nos termos da Lei 12.188/10 e do Decreto 7.215/10, ou por meio de outras entidades públicas que serão definidas em regulamento. Os documentos de atividade rural (art. 106 da Lei 8.213/91) serão complementares a essa autodeclaração ratificada.

Por isso, foi revogada a possibilidade de comprovação mediante a homologação pelo INSS de declaração emitida pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais, prevista no art. 106, inciso III, da Lei 8.213/91. A certidão do Incra também foi substituída pela DAP (Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar), prevista no art. 2º, inciso II, da Lei 12.188/10.

Até aqui a alteração é compreensível, pois há pouco tempo nenhum vínculo do segurado especial, mesmo já reconhecido pelo INSS, era inserido no CNIS e o registro ficava somente nos autos do processo administrativo. E a prova mediante autodeclaração ratificada pelas referidas entidades públicas parece facilitar a comprovação, a depender de como será a operacionalização desse procedimento.

A problemática maior exsurge em outros dois pontos.

O primeiro é a necessidade de comprovação de efetivas contribuições pelo segurado especial caso não ocorra a sua atualização cadastral, o que viola o texto constitucional que não exige prova de contribuições para essa espécie de segurado. Isso somente poderia ser alterado por meio de emenda constitucional, como tentou a PEC 287 que, em seu item 52 do texto original, previa: “cada segurado especial, individualmente, terá que comprovar o recolhimento previdenciário mínimo como exigência para o reconhecimento do exercício de atividade rural, de forma semelhante aos demais segurados do RGPS, não sendo suficiente apenas comprovar o exercício do trabalho rural”.

Os segurados especiais contribuem para a previdência social com uma base de cálculo diferente em relação aos trabalhadores urbanos. Em vez de contribuir sobre as verbas remuneratórias auferidas no mês (salário de contribuição), o segurado especial contribui sobre a comercialização da produção rural (artigo 25, Lei nº 8.212/91). E mais: essa base de cálculo não está limitada a um teto previdenciário como dos trabalhadores urbanos, fazendo-se com que a alíquota incida sobre o total do valor auferido na venda da produção agrícola.

A alíquota é de 2%, mais 0,1% a título de Seguro de Acidente de Trabalho (SAT) e 0,2 para o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Senar, totalizando-se 2,3% sobre o valor bruto da comercialização da produção rural. O recolhimento da contribuição do segurado especial é, de regra, do adquirente dos produtos rurais. Como exceção, existem hipóteses em que o próprio segurado especial deve efetuar o recolhimento: quando o produto é vendido a outro segurado especial ou produtor rural pessoa física, ou quando vendido diretamente no varejo a consumidor pessoa física.

Assim, as únicas maneiras de o segurado especial não contribuir para a previdência seriam no caso em que a produção agrícola é de total subsistência, não existindo alienação do excedente; ou ainda quando, responsável pelo recolhimento, o segurado especial não o faz.

Mas, ocorrendo ou não as contribuições do segurado especial, isso não lhe retira o direito aos benefícios previdenciários previstos no art. 39 da Lei 8.213/91 (que não foi revogado), desde que comprovado o efetivo exercício de atividade rural ou pesca artesanal.

O segundo ponto preocupante seria a prova exclusiva por meio do CNIS após 01.2020. Para isso funcionar, é preciso um grande avanço na alimentação de dados do referido cadastro e cruzamento com informações oriundas de outros órgãos, sob pena de deixar desprotegidos efetivos segurados especiais com informações não constantes ou divergentes no CNIS. Hoje, até mesmo para os trabalhadores urbanos o CNIS não é fonte exclusiva e suas informações não são absolutas, sendo continuamente alteradas mediante comprovação de ausência ou divergência de dados.

11 Certidão de Tempo de Contribuição – CTC

A primeira alteração trazida pela MP 871/19 no particular da CTC é a vedação de certificação de tempo sem as efetivas contribuições, exceto, por óbvio, as situações de recolhimento mediante responsável tributário. Isso defluiu da própria lógica de compensação financeira entre os regimes, cujo cálculo é comprometido nas situações de certificação sem a efetiva contribuição, como, por exemplo, certificação de tempos especiais, de tempo rural sem indenização, de períodos de auxílio-doença, entre outros.

Porém, o próprio INSS prevê algumas exceções de certificação de tempo sem prova de contribuição que vão além dos recolhimentos presumidos, como, por exemplo, a certificação de período de aluno-aprendiz (art. 445, inciso VIII, IN 77/15), de períodos especiais em caso de transformação de emprego para cargo público (art. 447, §§ 1º e 2º, da IN 77/15) e períodos de fruição de benefícios por incapacidade considerados como tempo de contribuição.

A segunda alteração é a impossibilidade de desaverbação de tempo em RPPS quando o tempo averbado tenha gerado a concessão de vantagens remuneratórias ao servidor público em atividade, o que já era entendimento interno do INSS previsto no art. 452 da IN 77/15, consideradas vantagens as verbas de anuênio, quinquênio, abono de permanência em serviço ou outras espécies de remuneração, pagas pelo ente público. Da mesma forma, a previsão trazida pela MP 871/19 de se emitir CTC pelo RPPS apenas para ex-servidor já se encontrava expressa no art. 12 da Portaria 154/08, que regulamenta a expedição de CTC pelo RPPS.

Por fim, a alteração mais significativa foi a extinção da figura da “averbação automática” pelo RPPS, devendo-se sempre o período de contribuições ao RGPS ser objeto de emissão de CTC pelo INSS, ainda que o trabalho tenha sido prestado ao próprio ente instituidor.

12 Carência no auxílio-reclusão

A MP 664/14 já tinha tentado inserir uma carência de 24 meses de contribuição aos benefícios de auxílio-reclusão e pensão por morte. Em sua conversão na Lei 13.135/15, essa regra foi afastada e substituída por uma regra de duração do benefício com a necessidade de comprovação de 18 contribuições do segurado e 2 anos de casamento/convivência, especificamente quando o requerente é companheiro ou cônjuge (e ex-cônjuge), sob pena de recebimento do benefício por 4 meses, exceto, no caso da pensão por morte, quando o óbito é derivado de acidente de qualquer natureza.

Agora a MP 871/19 repete a fórmula e tenta inserir novamente a carência de 24 meses, somente ao benefício de auxílio-reclusão. A regra de duração do benefício não foi alterada, de maneira que, se mantida a regra da carência no momento da conversão em lei, ao auxílio-reclusão serão aplicáveis as duas regras: uma de concessão, referente à carência de 24 meses; e outra de duração do benefício, com exigência de 18 contribuições do segurado (que não é carência) e 2 anos de casamento/convivência, especificamente quando o requerente é companheiro ou cônjuge (e ex-cônjuge), sob pena de recebimento do benefício por 4 meses.

A regra de carência é matéria infraconstitucional; porém, torna-se inconstitucional quando é tão severa ao ponto de afastar o direito constitucional aos benefícios previdenciários. Por ser um benefício não programado, cujo fato gerador é imprevisível (um risco social, e não uma contingência social), a carência deve ser mínima, semelhante ao que ocorre com o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, que exigem 12 contribuições com casos de isenções, o salário-maternidade, que exige 10 contribuições ou não exige a depender da espécie de segurado, bem como o auxílio-acidente e a pensão por morte, que não exigem carência.

Assim, se comparamos essa carência do auxílio-reclusão com outros benefícios não programados, conclui-se que ela é desproporcional, pois exige um número muito maior de contribuições (no mínimo, o dobro) e sem nenhuma situação de isenção carencial. Isso delimita o universo de beneficiários, com afronta ao princípio da universalidade subjetiva, mesmo tendo o princípio da seletividade como seu limitador, haja vista a desproporcionalidade da regra imposta.

Uma saída, a nosso ver, seria a inserção de uma carência semelhante a outros benefícios não programados, como o auxílio-doença (12 meses), cuja incidência prática do fato gerador, inclusive, é muito maior no seio social.

13 Fato gerador do auxílio-reclusão

Além da qualidade de dependente e de segurado, um dos requisitos específicos do auxílio-reclusão é a privação de liberdade do segurado. É a privação da liberdade, por ato construtivo estatal, o fato gerador do benefício, que pode ser: por meio de sentença penal condenatória transitada em julgado (preso definitivo); mas, também, em situações de prisão provisória (art. 381, § 1º, da IN 77/15), quais sejam: prisão preventiva; prisão temporária; prisão em flagrante; prisão em razão de pronúncia; e prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível.

Existem ainda outras situações que também podem culminar na concessão do auxílio-reclusão como a prisão civil decorrente de inadimplemento de obrigação alimentar e a apreensão de menor por ato infracional (art. 381, § 2º, da IN 77/15). E outras, com menos ou nenhuma incidência prática, como a prisão para a extradição e a prisão em circunstâncias excepcionais (estado de defesa e estado de sítio). Até mesmo a medida de segurança é fato gerador do auxílio-reclusão (Parecer 076/2010 da Procuradoria Federal Especializada do INSS).

Nesse cenário, o que a MP 871/19 fez foi restringir o fato gerador a casos de existência de sentença penal condenatória, elegendo tão somente o regime fechado, com exclusão do regime semiaberto. Aí surge a indagação: seria correto excluir a proteção dos dependentes do segurado somente porque seu regime condenatório é semiaberto?

Existem dois critérios para resolução de questionamentos relativos ao fato gerador do auxílio-reclusão: material e formal. Pelo critério material, deve-se identificar se o segurado apenado consegue exercer atividade remunerada para a subsistência de seus dependentes e, caso positivo, o substitutivo remuneratório pago pelo seguro social deve ser cessado. Já pelo critério formal, importa apenas o regime prisional que o condenado cumpre: se fechado ou semiaberto, não importando a possibilidade de atividade remunerada externa.

A adoção pura do critério formal, como ocorre hodiernamente, pode levar a situações injustas, pois existem hipóteses em que o apenado em regime fechado ou semiaberto possui plena possibilidade de exercício de atividade remunerada externa, pois não se encontra totalmente privado de sua liberdade, como situações de ausência de vaga no estabelecimento penal, quando o preso passa a cumprir pena em regime mais brando (STF, RE 641320), situações de prisão domiciliar em casos de doenças graves mesmo quando o regime é fechado ou semiaberto (STJ, HC: 87901) e situações de prisão preventiva convertida em prisão domiciliar (art. 318 do CPP). Ressalte-se que a prisão domiciliar, típica do regime aberto, permite que o apenado exerça atividade remunerada durante o dia, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, § 1º, CP).

Nessas situações, pelo critério material, o auxílio-reclusão não seria mais devido. Já pelo critério formal, o benefício deve ser mantido, pois o condenado se encontra formalmente em regime fechado ou em regime semiaberto (este último, para fato gerador antes da MP 871/19), embora esteja cumprindo pena em prisão domiciliar ou em regime mais brando (aberto) por falta de vagas no regime a que fora condenado.

Frise-se que o INSS possui posicionamento de que o monitoramento eletrônico do condenado mediante tornozeleira eletrônica não impede a fruição do benefício desde que o regime condenatório do preso seja fechado ou semiaberto (art. 382, §§ 4º e 5º, da IN 77/15 e Memorando-Circular nº 17/DIRBEN/INSS, de 7 de maio de 2015). Ou seja: existem situações em que o preso está solto, com monitoramento eletrônico, mas com possibilidade de trabalhar, sendo o benefício mantido tão somente porque o regime condenatório do segurado é fechado ou semiaberto.

No regime semiaberto, a pena é cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar (art. 91, LEP) e o condenado fica sujeito a trabalho durante o período diurno no próprio estabelecimento penal, sendo o trabalho externo admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Nesse sentido, deveria se identificar se o preso em regime semiaberto possui atividade profissional externa (critério material). Em caso negativo, não é crível o Estado deixar sua família desamparada somente porque seu regime é semiaberto, mormente se se levar em consideração que se trata de um segurado do seguro social que verteu suas contribuições com confiabilidade da proteção deste.

14 Prova de baixa renda para o auxílio-reclusão

O artigo 13 da EC 20/98 determinou que, até o advento de lei disciplinadora, o auxílio-reclusão (e o salário-família) seria devido apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00, atualmente

atualizado em R\$ 1.364,43. Muito se discutiu se a renda a ser analisada deveria ser dos dependentes ou do próprio segurado, tendo o STF se posicionado pela segunda opção (REs 587365 e 486413).

Para análise do critério de baixa renda, o INSS verifica o salário de contribuição do segurado no momento do mês do fato gerador. Caso o valor tenha sido proporcional devido à prisão, o cálculo deve ser aferido em seu montante integral. Exemplo: segurado é preso dia 06.06.2018 com salário de contribuição constante no CNIS de R\$ 200,00. Em seu valor integral no mês o salário de contribuição seria, em verdade, de R\$ 1.000,00, resultado da seguinte operação: $R\$ 200 / 6 = R\$ 33,33$ (salário de contribuição por dia) $\times 30 = R\$ 1.000,00$. Preenchido, no exemplo, o critério de baixa renda.

O critério de baixa renda a ser considerado é aquele vigente no ano do fato gerador, da seguinte forma:

| PERÍODO | SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO TOMADO EM SEU VALOR MENSAL | NORMATIVO |
|------------------------|--|----------------------------------|
| A partir de 01.01.2019 | 1.364,43 | PORTARIA Nº 09, DE 16.01.2019 |
| A partir de 01.01.2018 | 1.319,18 | PORTARIA Nº 15, DE 16.01.2018 |
| A partir de 01.01.2017 | 1.292,43 | PORTARIA Nº 8, DE 13.01.2017 |
| A partir de 01.01.2016 | 1.212,64 | PORTARIA Nº 1, DE 08.01.2016 |
| A partir de 01.01.2015 | 1.089,72 | PORTARIA Nº 13, DE 09.01.2015 |
| A partir de 01.01.2014 | 1.025,81 | PORTARIA Nº 19, DE 10.01.2014 |
| A partir de 01.01.2013 | 971,78 | PORTARIA Nº 15, DE 10.01.2013 |
| A partir de 01.01.2012 | 915,05 | PORTARIA Nº 02, DE 06.01.2012 |
| A partir de 01.01.2011 | 862,60 | PORTARIA Nº 407, DE 14.07.2011 |
| A partir de 01.01.2010 | 810,18 | PORTARIA Nº 333, DE 29.06.2010 |
| A partir de 01.02.2009 | 752,12 | PORTARIA Nº 48, DE 12.02.2009 |
| A partir de 01.03.2008 | 710,08 | PORTARIA Nº 77, DE 11.03.2008 |
| A partir de 01.04.2007 | 676,27 | PORTARIA Nº 142, DE 11.04.2007 |
| A partir de 01.08.2006 | 654,67 | PORTARIA Nº 342, DE 17.08.2006 |
| A partir de 01.05.2005 | 623,44 | PORTARIA Nº 822, DE 11.05.2005 |
| A partir de 01.05.2004 | 586,19 | PORTARIA Nº 479, DE 07.05.2004 |
| A partir de 01.06.2003 | 560,81 | PORTARIA Nº 727, DE 30.05.2003 |
| A partir de 01.06.2002 | 468,47 | PORTARIA Nº 525, DE 29.05.2002 |
| A partir de 01.06.2001 | 429,00 | PORTARIA Nº 1.987, DE 04.06.2001 |
| A partir de 01.06.2000 | 398,48 | PORTARIA Nº 6.211, DE 25.05.2000 |
| A partir de 01.05.1999 | 376,60 | PORTARIA Nº 5.188, DE 06.05.1999 |
| A partir de 16.12.1998 | 360,00 | PORTARIA Nº 4.883, DE 16.12.1998 |

Assim, não importa a data do requerimento do benefício, caso o segurado ainda se mantenha preso. É preciso identificar em que ano ocorreu a prisão e qual era o salário de contribuição do segurado quando foi preso e, com isso, verificar o enquadramento conforme o critério vigente em cada ano.

Se interpretado literalmente, isso leva a situações esdrúxulas, com o indeferimento do benefício quando o salário de contribuição no mês superar centavos do limite. E o pior é que existem decisões judiciais que interpretam

esse limite de forma objetiva e absoluta (Seção Judiciária do Paraná: 201070560001005), o que já foi afastado pelo STJ (REsp 1.479.564-SP).

Se o segurado estiver desempregado no momento da prisão, o INSS considera o seu último salário de contribuição (art. 385, § 2º, II, da IN 77/15). Em juízo, todavia, decisões afastam essa regra e consideram o segurado desempregado no momento da prisão em situação de baixa renda, mesmo que seu último salário de contribuição seja superior ao limite, haja vista que no fato gerador não havia rendimento algum (Seção Judiciária do Paraná: 201070540017937. TRF3: AC 200861060106517). Nesse particular, a ACP 5023503-36.2012.404.7100 (TRF4) condenou o INSS em 04.2015 a considerar preenchido o requisito de baixa renda quando o segurado nada auferiu no mês da reclusão, inclusive, com determinação para que a autarquia realize as revisões de todos os benefícios indeferidos por esse motivo no prazo de 90 dias. O INSS recorreu da decisão.

Nesse norte, o que a MP 871/19 trouxe foi a alteração da regra para verificação da baixa renda. Em vez de identificar o salário de contribuição do mês em que houve a privação de liberdade, deve-se realizar uma média aritmética simples dos 12 últimos salários de contribuição do segurado anteriores ao fato gerador.

A medida é salutar, pois a identificação do salário de contribuição apenas no mês da prisão não refletia a realidade econômica do segurado. Imagine-se, por exemplo, o trabalhador que, naquele exato mês, fez horas extras, ganhou mais a título de adicional noturno ou recebeu o décimo terceiro, e, por isso, extrapolou o limite legal, com o respectivo aumento de seu salário de contribuição. Por isso, a nosso ver, a alteração foi correta.

15 Auxílio-reclusão e inacumulabilidades

Outro requisito específico do auxílio-reclusão é que o segurado, no momento da prisão, não receba: i) remuneração da empresa; ii) auxílio-doença; iii) aposentadoria; ou iv) abono de permanência em serviço.

Nesses casos, a privação de liberdade não acarreta a supressão remuneratória do segurado, que deverá manter sua família com a remuneração que continua a receber da empresa, com o seu auxílio-doença ou com sua aposentadoria. No caso do abono de permanência (já revogado), a concessão seria vedada, pois poderia o segurado requerer a aposentação para o sustento familiar.

A MP 871/19 ampliou este rol com a inclusão do salário-maternidade e da pensão por morte. Assim, se o segurado preso estiver em gozo de pensão por morte ou salário-maternidade, o auxílio-reclusão não é devido aos dependentes enquanto aqueles benefícios estiverem ativos.

Quanto ao salário-maternidade, o INSS já adotava tal posicionamento no art. 528, inciso XIV, da IN 77/15, mas sem previsão expressa em legislação ordinária. Assim, se a segurada estiver em gozo de salário-maternidade no momento da prisão, o auxílio-reclusão será devido aos dependentes a partir da cessação do salário-maternidade; e, caso os dependentes já estejam em gozo de auxílio-reclusão e o fato gerador do salário-maternidade seja superveniente, a segurada não terá direito a este último benefício.

A alteração é questionável, sobretudo quando já existem outros dependentes no momento da ocorrência do fato gerador do salário-maternidade. Esse benefício, como se sabe, é destinado ao segurado para os gastos com o parto e com o nascituro, em regra; mas, se já existem outros dependentes fruindo do auxílio-reclusão, a segurada não fará jus a esse rendimento, tendo que se utilizar de parte do benefício que é destinado aos demais dependentes, com a inserção do filho no rateio.

Quanto à pensão por morte, a justificativa da impossibilidade de percepção simultânea com o auxílio-reclusão direcionado aos dependentes é que estes podem ser mantidos com a pensão por morte de titularidade do segurado. Aqui, a alteração ainda é mais discutível, pois a pensão por morte é o substituto remuneratório pelo óbito de outro segurado, e não do segurado preso, que também necessita de um substitutivo do estado devido à sua privação de liberdade.

Imagine-se a seguinte situação: uma família composta pelos pais e por dois filhos, com rendimento mensal de R\$ 2.000,00, composto pela renda do pai de R\$ 1.000,00 e da mãe de igual valor. Com o falecimento do pai, o Estado substitui sua renda por meio da pensão por morte e a família mantém-se com o rendimento de R\$ 2.000,00. Caso haja a prisão da mãe, o Estado não substituirá sua renda e a família terá que sobreviver com um orçamento mensal reduzido pela metade.

O que se percebe nessas alterações é certo preconceito em relação ao benefício, em que se olvida que o benefício não é destinado ao preso, mas aos seus dependentes que devem ser resguardados por dois princípios constitucionais: até o trânsito em julgado, pelo princípio da presunção de inocência do segurado (CF/88, art. 5º, LVII), e, após a condenação definitiva, pelo princípio da intranscendência da pena (CF/88, art. 5º, XLV), pelo qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

16 Prova de cárcere

Como visto, considera-se como fato gerador do auxílio-reclusão a prisão condenatória em regime fechado e semiaberto (este último para fatos geradores antes da MP 871/19), as prisões cautelares em suas várias modalidades, a apreensão do menor infrator, a medida de segurança e, embora com divergências, até mesmo a prisão civil.

No requerimento do benefício perante o INSS é preciso comprovar que o segurado se encontra em uma dessas situações, por meio de uma certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente (art. 116, § 2º, Decreto 3.048/99).

Na prática, é muito comum a pessoa ser presa em determinada delegacia, ser transferida para outras e ir de um estabelecimento prisional para outro. Nesses casos é importante a juntada das certidões de todos os estabelecimentos, inclusive as delegacias, com vistas a estabelecer um nexos cronológico e identificar a efetiva data do recolhimento, data esta de crucial importância para os efeitos financeiros e para verificação da qualidade de segurado e da renda do segurado.

Após concedido o benefício, deve-se comprovar que o segurado se mantém preso, pois o benefício passa a ser indevido a partir do momento de sua soltura, fuga, saída em livramento condicional ou mesmo após a progressão para o regime aberto (ou semiaberto, para fatos geradores antes da MP 871/19). Essa comprovação é feita por meio de nova certidão firmada pela autoridade competente, que deve ser apresentada trimestralmente ao INSS, sob pena de suspensão do benefício (art. 117, § 1º, do Decreto 3.048/99). Especificamente para a internação do menor infrator, a comprovação se faz por certidão do despacho de internação e documento atestando seu efetivo recolhimento a órgão subordinado ao juiz da Infância e da Juventude (art. 382, § 3º, IN 77/15).

Ocorre que a prova de cárcere mediante declaração é muito frágil e extremamente vulnerável a fraudes. Diante disso, a MP 871/19 substitui essa declaração por uma certidão judicial que ateste o efetivo recolhimento à prisão, ou, de forma ainda mais segura, pelo acesso à base de dados, por meio eletrônico, a ser disponibilizada pelo CNJ, com dados cadastrais que assegurem a identificação plena do segurado e da sua condição de presidiário.

17 Auxílio-doença e regime fechado

Como antes assinalado, é vedada a percepção de auxílio-doença de titularidade do segurado com o auxílio-reclusão devido aos seus dependentes, com possibilidade de opção pelo mais vantajoso, com manifestação de vontade escrita do segurado em conjunto com os seus dependentes (art. 167, § 4º, do Decreto 3.048/99).

A MP 871/19 foi além e vedou a fruição do auxílio-doença para o condenado em regime fechado mesmo sem a existência do auxílio-reclusão. A justificativa é que o preso em regime fechado será custeado pelo Estado, sendo desnecessário o substitutivo remuneratório pela incapacidade laborativa.

Assim, na hipótese de o segurado estar em gozo de auxílio-doença no momento da prisão em regime fechado, o benefício é suspenso por 60 dias e cancelado após esse prazo se a prisão perdurar. Se houver soltura antes dos 60 dias, o benefício é restabelecido a partir da data da soltura.

18 Restrição de dispensa de perícia médica revisional ao aposentado por invalidez

Até 2014, nenhuma aposentadoria por invalidez detinha caráter vitalício. A manutenção do benefício estava condicionada à impossibilidade de reabilitação e persistência da insusceptibilidade do exercício de atividade que garanta a subsistência de seu titular, ou seja, uma incapacidade laborativa total e permanente.

Por isso, todos os aposentados por invalidez poderiam ser convocados a qualquer tempo para uma perícia médica revisional a fim de identificar a permanência dessa incapacidade laboral, independentemente da idade do

titular do benefício e do tempo de duração deste. Nesse passo, o parágrafo único do art. 46 do Decreto 3.048/99 impunha ao INSS essa revisão de forma obrigatória a cada dois anos.

Contudo, em 2014 o art. 101 da Lei nº 8.213/91 foi alterado pela Lei nº 13.063/14 com a dispensa do exame revisional para aposentados por invalidez (e pensionistas inválidos) a partir dos 60 anos de idade. É dizer: a partir de então, o benefício passou a ser vitalício quando o titular completa 60 anos de idade, pois dispensado do exame médico revisional. Somente deve passar pelo crivo pericial nos casos de:

a) requerimento do acréscimo de 25% – nesta hipótese, o exame pericial é para averiguação da necessidade permanente de terceiros, e não da manutenção da incapacidade do titular do benefício;

b) solicitação do próprio segurado – nos casos em que o titular do benefício sente-se apto a retornar ao trabalho e solicita perícia médica visando à cessação do benefício (às vezes, colimando-se a concessão de outro);

c) subsidiar autoridade judicial na hipótese do art. 110 da Lei 8.213/91 – nas ações de interdição, pode o juiz de direito se utilizar do exame médico pericial realizado pelo INSS para subsidiar sua decisão.

Com o advento da Lei 13.457/17, resultado da conversão da MP 767/17, novamente o art. 101 da Lei 8.213/91 foi alterado, com inserção de outra hipótese de dispensa de exame médico revisional para aposentados por invalidez e pensionistas inválidos: “após completarem cinquenta e cinco anos ou mais de idade e quando decorridos quinze anos da data da concessão da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a precedeu”.

Houve uma diminuição de 5 anos na idade da dispensa caso o benefício de aposentadoria por invalidez tenha mais de 5 anos de duração, incluído no período o benefício de auxílio-doença que o precedeu, sendo o tema regulamentado pelo INSS no item 4 do Memorando-Circular Conjunto nº -32/DIRBEN/DIRSAT/PFE/INSS, de 19.09.2017. Assim, na contagem dos 15 anos deveria ser considerada a duração i) da própria aposentadoria por invalidez; ii) do auxílio-doença que a precedeu; iii) dos auxílios-doença anteriores ao auxílio-doença que foi transformado em aposentadoria por invalidez, desde que não haja interrupção entre eles e sejam da mesma natureza (91 ou 31).

Contudo, a MP 871/19 revogou essa segunda hipótese, de maneira que atualmente a aposentadoria por invalidez é vitalícia somente quando o titular completar 60 anos de idade.

19 Prazo de decadência

A MP 871/19 também trouxe alteração na redação do art. 103 da Lei 8.213/91 com o objetivo de trazer o prazo decadencial também para os atos de indeferimento. Como se sabe, o prazo decadencial (prescrição do fundo do direito) de dez anos deflui para os pedidos de revisão formulados em âmbito administrativo ou judicial contados do recebimento da primeira prestação.

Para os indeferimentos administrativos, não existia prazo para a ação judicial e a demora no ajuizamento somente impactava, via de regra, nos efeitos financeiros, tendo em vista a prescrição quinquenal.

Quando transcorria significativo prazo entre o indeferimento administrativo e a ação judicial, existiam julgados que extinguíam a ação sem resolução de mérito pela falta de uma das condições da ação: o interesse de agir. Mas essa tese foi afastada pela TNU (autos 0009760-16.2007.4.03.6302).

Dessarte, mesmo que ajuizada a ação décadas mais tarde, o litígio deveria ser analisado, o que deriva da essência da imprescritibilidade dos benefícios previdenciários. O direito ao benefício previdenciário em si é imprescritível em sentido amplo, ou seja, não está suscetível à prescrição ou à decadência. Uma pessoa que preenche todos os requisitos para aquisição de um benefício previdenciário possui um direito adquirido, que não é afastado pelo curso temporal, cuja demora no requerimento administrativo ou no ajuizamento da ação previdenciária gera apenas impactos financeiros, mas não no próprio direito ao benefício, que se mantém intocável.

Pela MP 871/19 o transcurso de dez anos entre o indeferimento administrativo e a propositura da demanda impede a análise do direito pelo Poder Judiciário. Trata-se, portanto, de um prazo prescricional, pois o direito ao benefício não é extinto, mas apenas a ação para seu reconhecimento. Nada impede um novo requerimento na via administrativa, com efeitos financeiros a partir da nova solicitação, via de regra.

20 Cobrança de valores

A MP 871/19 previu que os créditos constituídos pelo INSS em decorrência de benefício previdenciário/assistencial pago indevidamente serão inscritos em dívida ativa, inclusive nas hipóteses de cessação de benefício por revogação de decisão judicial. A inscrição em dívida ativa já estava prevista desde a Lei 13.494/17, que, ao alterar o art. 115, § 3º, da Lei 8.213/91, permitiu expressamente a inclusão do débito em dívida ativa e respectiva execução judicial.

Quanto à inclusão da situação de revogação de decisão judicial, tal dispositivo deriva do atual entendimento do STJ proferido no Recurso Especial 1.401.560, em sede de recursos repetitivos (Tema 692), com exigência da devolução dos valores pagos em caso de revogação ou reforma de decisão judicial proferida em cognição sumária.

Em 16.01.2018, o INSS e a Procuradoria Federal emitiram a Portaria Conjunta nº 02, que dispõe sobre o procedimento de cobrança nessa específica situação, impondo-se que a cobrança deve ser realizada nos próprios autos do processo judicial em que proferida a decisão provisória que é posteriormente revogada ou reformada. Nos casos em que a cobrança nos próprios autos é infrutífera ou obstaculizada, a cobrança será feita administrativamente, salvo decisão judicial que a proíba. O administrado deve ser notificado para recolhimento da importância via Guia de Recolhimento da União – GRU, que pode ser parcelado. Na hipótese de não quitação, deve-se efetuar consignação em benefício ativo de titularidade do devedor, observada a limitação legal de 30%. Nesse ponto, a MP 871/19 previu expressamente a consignação no benefício ativo por esse motivo, seja ele assistencial, seja previdenciário.

Destaca-se que AGU não promoverá cobrança caso o débito atualizado de um mesmo devedor não ultrapasse o limite de R\$ 10.000,00, previsto na Portaria AGU nº 377, de 25 de agosto de 2011, incluído pela Portaria AGU nº 193, de 10 de junho de 2014.

Conclusão

A MP 871/19 trouxe alguns avanços para melhoria da previdência social pública, como, por exemplo, a criação de bonificação colimando o desrepesamento de processos administrativos de benefícios sem análise há mais de 45 dias contados da data da publicação da emenda, medida atenuante à falta de servidores na autarquia previdenciária.

Contudo, também trouxe retrocessos como, por exemplo, a extinção da regra do ½, a criação de prazos para requerimento de salário-maternidade e para pensão por morte para menores de 16 anos, entre outros pontos abordados neste estudo que certamente serão objeto de grande discussão em âmbito pretoriano. Outros pontos ainda merecem atenção quanto à sua regulamentação e à sua operacionalização, como, por exemplo, o novo instituto de resguardo de cota e a prova do segurado especial.

O certo é que alterações unilaterais por medida provisória na previdência social, embora possíveis até certo ponto, não são salutares, pois afetam milhões de pessoas sem o necessário embate e aprofundamento de questões técnicas, seja do ponto de vista jurídico, seja do social e mesmo do econômico.

Referências bibliográficas

- COIMBRA, José dos Reis Feijó. **Direito Previdenciário brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.
- LEITE, Celso Barroso (org.). **Um século de Previdência Social: balanços e perspectivas no Brasil e no mundo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2017.
- PASTOR, José Manoel Almansa. **Derecho de la Seguridad Social**. Madri: Tecnos, 1979.