AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.353.852 - SP (2018/0220816-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	DORCELI DE DEUS
ADVOGADO	:	ANA PAULA BARROS PEREIRA - SP156757
AGRAVADO	:	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

DECISÃO

Trata-se de Agravo, interposto por DORCELI DE DEUS, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

> "Acidente do trabalho. Costureira. Tendinopatia no ombro, dores articulares e transtorno depressivo. Incapacidade 'parcial' e temporária que não se confunde com incapacidade 'total' e temporária para autorizar a percepção de auxílio-doença. Inteligência do art. 59 da lei 8.213/91. Reexame necessário digno de provimento.
> Sentença reformada. Apelo oficial provido. Recurso da obreira improvido" (fl. 319e).

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados, nestes termos:

> "Embargos de declaração. Incapacidade 'parcial' e temporária que não se confunde com incapacidade 'total' e temporária para autorizar a percepção de auxílio-doença.
> Inteligência do art. 59 da lei 8.213/91.
> Ausência de interposição de recurso voluntário pela autarquia que em nada obsta a apreciação/acolhimento do apelo oficial.
> Caráter infringente detectado. Inexistente situação que implique em obscuridade, contradição, omissão ou erro material a sanar. Incidência do art. 1.022 do NCPC prejudicada.
> Embargos de declaração rejeitados" (fl. 345e).

Sustenta a parte agravante, o seguinte:

> "Data maxima vertia, o V. decisório recorrido está equivocado ao concluir é Ia inadmissibilidade do recurso especial sob o argumento de que a Agravante não demonstrou similitude fática e cotejo analítico entre o Acórdão Recorrido e Acórdãos Paradigmas, 'correspondente ao §1° do art. 1029 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015) e 255, § 1°, do RISTJ'.

11 Invoca r. decisão do STJ, onde reforça que não fora realizado 'cotejo analítico', demonstração de similitude fática entre a decisão recorrida e os arestos paradigmas, apontando soluções jurídicas diversas para o caso, conforme segue:

(...)

Ainda, aponta que há intenção de revolvimento de provas, o que implicaria em reexame de tais elementos, o que é vedado pela Súmula 7 do E. Superior Tribunal de Justiça, o que não é o caso, inadmitindo o Recurso Especial com fulcro no artigo 1030, V

De fato, sempre com o mais alto acatamento, os fundamentos para a inadmissão não se aplicam ao caso em testilha, revelando grave equívoco, já que o Recurso Especial fora interposto já que violados os artigos 503 caput do CPC (artigo 1000 NCPC) e subsidiariamente aos artigos 3°(artigo 7º NCPC), 125, inciso I (artigo 129, inciso I NCPC), 128 (artigo 141 NCPC) 503 caput(artigo 1000 do NCPC) e 512 (artigo 1008 do NCPC) todos do Código de Processo Civil e 1* caput e artigo 59 caput da Lei 8213/91 e pelo dissídio jurisprudencial apontado, conforme a seguir exposto:

(...)

Insta salientar, que não se trata de revolvimento de provas, pois o laudo pericial não está sendo impugnado, ou seja, não se quer 'mudar o contido no laudo pericial», o que se pretende é que COM RELAÇÃO AO GRAU DE INCAPACIDADE CONSTADA EM PERÍCIA QUE FOI PARCIAL E TEMPORÁRIA, • seja dada a correta interpretação ao artigo 1° caput e 59 caput da Lei 8231/91, que não restringe o tipo da incapacidade apresentada pelo segurado para a concessão do auxílio-doença, podendo ser parcial ou total e temporária.

(...)

Em atendimento ao quanto constitucionalmente exigido, o recurso especial em tela foi interposto contra acórdão do qual não cabe mais recurso, tendo sido a questão apreciada em instãncia ordinária, pelo que a matéria se encontra devidamente prequestionada, não incidindo no reexame de matéria fática ou probatória, bem como o dissidio jurisprudencial apontado está devidamente fundamento na forma da lei, com respaldo nos acórdãos indicados ao longo do recurso, onde constam suas respectivas fontes.

Ressalte-se que o recurso especial precocemente fulminado se enquadra na previsão do art. 1.030, V, do CPC/ 15, havendo, portanto, a necessidade imediato juízo de admissibilidade.

Com efeito, em que pese o posicionamento da E. Corte Paulista de Justiça acerca da impossibilidade de seguimento do especial, em

relação a letra 'a' da norma autorizadora, não caberá ao E. Superior Tribunal de Justiça, propriamente, o reexame da prova ou de demais elementos fálicos, mas sim, verificar se houve afronta à lei federal, a saber:

artigos 1° caput e 59 caput da lei 8213/91, bem como jurisprudência do STJ, como também os artigos 7 NCPC), 125, inciso 1 (artigo 129, inciso 1 NCPC), 128 (artigo 141 NCPC) 503 caput(artigo 1000 do NCPC) e 512 (artigo 1008 do NCPC) todos do Código de Processo Civil.

Da violação dos artigos 1° e 59 caput da Lei 8213/91:

O artigo 1° prescreve: 'A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles que dependiam economicamente'.

(grifo nosso) O artigo 59 caput insculpe: 'O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho habitual por mais de 15(quinze) dias consecutivos'

(...)

Nota-se desta forma, que a legislação não prevê Buais os sus de incapacidade que comportam a concessão do auxílio-doença, não diferenciando se em casos de incapacidade total ou parcial, contudo, conforme já apontado, o V. Acórdão Recorrido entende que para a concessão do auxilio-doença é obrigatório que o 'segurado esteja TOTAL E TEMPORARIAMENTE INCAPACITADO PARA O TRABALHO, EXCLUINDO A HIPÓTESE D E INCAPACIDADE PARCIAL.

Nesse sentido, foram acostados arestos, com as devidas fontes do Superior Tribunal de Justiça que têm entendimento diverso do adotado pela Corte Paulista, que enfatizam que NÃO DEVE SER RESTRINGIDO O DIREITO DO SEGURADO PARA A PERCEPÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA QUANDO ESTIVER INCAPACITADO PARCIAL E TEMPORARIAMENTE PARA O TRABALHO, conforme abaixo:

(...)

Assim, requer seja dada a correta interpretação aos artigos 1° e 59 caput da lei 8213/91 e para ênfase do postulado, acostou aos autos os paradigmas acima transcritos que guardam similitude fática com o V. Acórdão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo e demonstrou que tiveram entendimento diverso, portanto, preenchendo os requisitos, já

> que realizada a similitude fática e cotejo analítico, constando transcrição tina íntegra e fontes, conforme preceitua o artigo 1029 §1° do CPC.
>
> (...)
>
> Desta forma, há violação aos artigos 503 caput(artigo 1000 do NCPC) e 512 (artigo 1008 do NCPC), que tratam do direito de renunciar ao direito de recorrer independentemente da vontade da outra parte, bem como de que a aceitação da sentença ou decisão poderá ocorrer de forma expressa ou tácita.
>
> No caso dos autos, a aceitação da r. sentença pelo INSS foi expressa (fls.276), sendo totalmente modificada a r. sentença em desfavor da Embargante em sede de Reexame Necessário, onde a própria Autarquia sequer se sentia lesada, um absurdo!
>
> (...)
>
> Assim, analisando-se o feito, ocorreu a reformatio in pejus, o que é vedado pelo artigo 512 do CPC (artigo 1008 NCPC), já que: 'o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso'.
>
> Assim, afronta ainda a regra geral insculpida no artigo 128 do CPC(artigo 141 NCPC) já que 'O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige e iniciativa da parte'.
>
> Em suma, diante da afronta à legislação federal apontada, como também da jurisprudência do STJ" (fls. 379/396e).

Por fim, requer "seja totalmente provido o presente recurso, e assim dado seguimento ao Recurso Especial obstado, com sua remessa à Superior Instância, para ao final ser reformado o V. Acórdão recorrido, eis eu preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 105 , III, alíneas 'a' e 'c' da Constituição Federal, devendo ser reconhecido à Agravante o direito de percepção do auxílio-doença pela incapacidade parcial e temporária constatada em perícia médica, como também para que se proceda a correta interpretação dos dispositivos 1° e 59 caput da Lei 8213/91 e 3º (artigo 7 ° NCPC), 125, inciso I (artigo 129. inciso I NCPC), 128 (artigo 141 NCPC) 503 caput (artigo 1000 do NCPC) e 512 (artigo 1008 do NCPC) todos do Código de Processo Civil" (fl. 397e).

Sem contraminuta.

Com razão a parte recorrente.

O acórdão recorrido, com vistas no conjunto probatório, assim assevera:

> "Pois bem. A começar denota-se que o laudo pericial, por mais que tenha reconhecido o nexo causal, foi conclusivo e categórico ao

afirmar que:

> 'As patologias diagnosticadas geram uma redução de capacidade, PARCIAL E TEMPORÁRIA, para o desempenho da atividade laboral habitual da periciada'.
>
> 'Observa-se que o exame médico pericial, foi realizado por nós, em 10 de setembro de 2012 e na ocasião as patologias diagnosticadas geravam uma redução de capacidade PARCIAL E TEMPORÁRIA para o desempenho da atividade laborai habitual da periciada...' (Fls. 113 - GRIFO NOSSO)

Ora. Prejudicado o caráter TOTAL da situação parcialmente incapacitante, prejudicada fica a incidência do art. 59 da lei 8.213/91 que é expresso:

(...)

Vê-se que o expert foi expresso ao avaliar a situação do obreiro como de incapacidade PARCIAL e temporária e não TOTAL e temporária (pressuposto legal à concessão do auxílio-doença prestigiado em sentença - e também à aposentadoria por invalidez originalmente pleiteada pela obreira, que também demanda incapacitação TOTAL, porém permanente), tanto que foi destacada a possibilidade de reversão das constatadas patologias mediante o adequado tratamento.

(...)

Assim, uma vez não constatada a incapacitação total, prejudicada fica a percepção do auxilio-doença ou da aposentadoria por invalidez. Digno de reforma o entendimento monocrático para DAR PROVIMENTO AO APELO OFICIAL a fim de que prevaleça o decreto de improcedência (ferido de morte, pela via reflexa, o recurso voluntário interposto pela obreira, cujas razões ficaram limitadas à estipulação da DIB do benefício retro cassado)" (fls. 321/324e).

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, ao interpretar o art. 59 da Lei 8.213/91, considera que, para beneficiar-se do benefício do Auxílio-Doença, necessário que o segurado seja acometido de incapacidade para o trabalho, seja ela parcial ou total. No caso em exame, como visto, foi reconhecida a incapacidade parcial da parte autora para o trabalho.

Nesse sentido:

> "PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. AUXÍLIO-ACIDENTE. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO. ART. 15, I E § 3º, DA LEI N. 8.213/1991. ART. 137 DA INSS/PRES n. 77/2015 (E ALTERAÇÕES).

> APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE PARA ATIVIDADE HABITUAL. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA ATÉ QUE SEJA REALIZADA A REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 62 DA LEI N. 8.213/91. INOCORRÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA* OU *ULTRA PETITA*. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.
>
> II - Mantém a qualidade de segurado, independente de contribuições e sem limite de prazo, aquele que está em gozo de benefício previdenciário, inclusive auxílio-acidente, nos termos dos arts. 15, I e § 3º, da Lei n. 8.213/1991 e 137 da INSS/PRES n. 77/2015 (e suas alterações).
>
> **III - Comprovada a incapacidade parcial e permanente para a atividade habitual, o segurado faz jus ao recebimento do auxílio-doença, até que seja reabilitado para o exercício de outra atividade compatível com a limitação laboral, nos termos dos arts. 59 e 62 da Lei n. 8.213/1991, restando afastada a concessão de aposentadoria por invalidez, cujos requisitos são incapacidade total e permanente, insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade laborativa.**
>
> IV - É firme a orientação desta Corte de que não incorre em julgamento *extra* ou *ultra petita* a decisão que considera de forma ampla o pedido constante da petição inicial, para efeito de concessão de benefício previdenciário.
>
> V - Recurso especial do segurado parcialmente provido, para conceder o benefício de auxílio-doença a contar da data do requerimento administrativo, até que seja realizada a reabilitação profissional" (STJ, REsp 1.584.771/RS, **Rel.** Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/05/2019).

Em face do exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, **c**, do RISTJ, conheço do Agravo, para dar provimento ao Recurso Especial, nos termos acima, determinando o prosseguimento da análise da Apelação pelo Tribunal de origem.

I.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora