

RECURSO ESPECIAL Nº 1.786.590 - SP (2018/0313709-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
RECORRIDO : DANIEL MORAES
ADVOGADOS : EDUARDO LELLIS LEITE RUPOLO COLOGNEZ E OUTRO(S)
- SP195993
JULIANA MUNHOZ ZUCHERATO - SP157059
ALESSANDRA CRISTINA BOZELLI DE OLIVEIRA -
SP344884
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO
(IBDP) - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN E OUTRO(S) - SC018200
ANDRE LUIZ MORO BITTENCOURT - PR072492

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a", da CF/1988) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. AUXÍLIO-DOENÇA. TERMO INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO STJ. DESCONTO DO PERÍODO TRABALHADO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- Preliminarmente, não conheço do agravo convertido em retido porque não reiterado pelo apelante nas razões de recurso, conforme exigia o artigo 523, § 1º, do CPC/1973.

- A controvérsia do recurso cinge-se ao termo inicial do auxílio-doença, concedido em sentença, aos descontos dos períodos trabalhados, aos critérios de incidência de juros e de correção monetária e aos honorários de advogado.

- O termo inicial do benefício deve ser fixado no dia do requerimento administrativo. Precedentes do STJ.

- A permanência do segurado no exercício das atividades laborativas decorre da necessidade de prover sua subsistência enquanto a administração ou o Judiciário não reconheça sua incapacidade, não obstante a concessão do benefício vindicado durante a incapacidade. Posicionamento de acordo com precedente da 3ª Seção desta e. Corte, que rechaça expressamente a possibilidade de desconto nos períodos em que houve contribuição previdenciária pela parte autora.

- Correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei n.

Superior Tribunal de Justiça

11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux e Informativo 833 do Supremo Tribunal Federal.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

A parte recorrente alega:

Tal circunstância pressupõe que apenas é devido o benefício previdenciário por incapacidade àquele que se encontra impossibilitado de prover sua própria subsistência, sendo tal percepção substitutiva do salário.

De outro prisma, quando verificada a recuperação da capacidade para o trabalho ou em caso de reabilitação profissional pelo INSS este acaba por ser cessado.

No caso dos autos, restou comprovado que o segurado laborou como empregado durante o período de suposta incapacidade, não justificando o recebimento do salário cumulado com o benefício previdenciário de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Assim, se afigura completamente incompatível com o recebimento, no mesmo período, de salários oriundos do exercício de atividade laborativa. (...)

Assim, mister o acolhimento do presente recurso reconhecendo nada ser devido ao exequente no período de labor efetivo e consequente percepção de salários, tendo em vista que o benefício por incapacidade se afigura substitutivo dos rendimentos decorrentes do trabalho.

Não foram apresentadas contrarrazões pela parte adversa.

A Primeira Seção submeteu a presente controvérsia, que tomou o número 63/STJ, sob o rito dos recursos repetitivos, e assim delimitou a tese controvertida:

Possibilidade de recebimento de benefício, por incapacidade, do Regime Geral de Previdência Social, de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez), concedido judicialmente em período de abrangência concomitante àquele em que o segurado estava trabalhando e aguardava o deferimento do benefício.

Deferi o ingresso do IBDP como *amicus curiae* (fl. 250/e-STJ), que apresentou manifestação escrita sobre o mérito.

O Ministério Público Federal não se manifestou sobre o mérito da controvérsia quando intimado, apenas se dando por ciente da decisão de afetação.

É o **relatório**.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.786.590 - SP (2018/0313709-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

1. Identificação e delimitação da controvérsia

Peço licença para resgatar a fundamentação do acórdão que afetou o presente tema ao rito dos recursos repetitivos sobre a exata delimitação da controvérsia.

Os fatos constatados no presente Recurso Especial consistem cronologicamente em:

- a) o segurado teve indeferido benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) na via administrativa;
- b) para prover seu sustento, trabalhou após o indeferimento e entrou com ação judicial para a concessão de benefício por incapacidade;
- c) a ação foi julgada procedente para conceder-lhe o benefício desde o requerimento administrativo, o que acabou por abranger o período de tempo em que continuou trabalhando; e
- d) o debate, travado ainda na fase ordinária, consiste no entendimento do INSS de que o benefício por incapacidade concedido judicialmente não pode ser pago no período em que o segurado estava trabalhando, ante seu caráter substitutivo da renda e à luz dos arts. 42, 46 e 59 da Lei 8.213/1991.

A presente controvérsia e, conseqüentemente, a tese repetitiva que for fixada não abrangem as seguintes hipóteses:

- a) o segurado está recebendo benefício por incapacidade regularmente e passa a exercer atividade remunerada incompatível com sua incapacidade; e
- b) o INSS alega somente o fato impeditivo do direito (o exercício de trabalho pelo segurado) na fase de cumprimento da sentença.

Na hipótese "a" ocorre o fato de não haver a necessidade de sobrevivência como elemento que justifique a cumulação, e a função substitutiva da renda do segurado é

implementada de forma eficaz.

Assim, o segurado recebe regularmente o benefício e passa a trabalhar em concomitância de fatos, o que difere dos casos ora submetidos ao rito dos recursos repetitivos em que não há a citada concomitância de recebimentos do benefício e do trabalho exercido, mas apenas coincidência de competências temporais.

Outro aspecto que pode ser analisado sob perspectivas diferentes é o relativo à boa-fé do segurado.

Há jurisprudência das duas Turmas da Primeira Seção que analisa essa hipótese, tendo prevalecido a compreensão de que há incompatibilidade no recebimento conjunto das verbas. A exemplo: AgInt no REsp 1.597.369/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 3.4.2018, DJe de 13.4.2018; REsp 1.454.163/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15.12.2015, DJe de 18.12.2015; e REsp 1.554.318/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2.6.2016, DJe de 2.9.2016.

Transcrevo o precedente em que fui relator, para melhor visualização dos pontos divergentes entre ele e a presente hipótese:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SEGURADO QUE VOLTA A TRABALHAR. CUMULAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO. SUSTENTABILIDADE DO REGIME DE PREVIDÊNCIA. DEVER DE TODOS. CLÁUSULA GERAL DE BOA-FÉ. REPETIBILIDADE.

1. Trata-se de Recurso Especial em que a autarquia previdenciária pretende a devolução dos valores pagos a título de aposentadoria por invalidez a segurado que voltou a trabalhar.

2. A aposentadoria por invalidez consiste em benefício pago aos segurados do Regime Geral de Previdência social para a cobertura de incapacidade total e temporalmente definitiva para o trabalho, tendo, portanto, caráter substitutivo da renda. O objetivo da proteção previdenciária é, pois, garantir o sustento do segurado que não pode trabalhar.

3. O art. 42 da Lei 8.213/1991 estabelece que a aposentadoria por invalidez será paga ao segurado total e definitivamente incapacitado "enquanto permanecer nesta condição". Já o art. 46 da Lei 8.213/1991 preceitua que "o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno".

4. A sustentabilidade do Regime Geral de Previdência Social brasileiro é frequentemente colocada em debate, devendo, desse contexto sensível, não somente exsurgir as soluções costumeiras de redução de direitos e

aumento da base contributiva. Também deve aflorar a maior conscientização social tanto do gestor, no comprometimento de não desvio dos recursos previdenciários, e do responsável tributário, pelo recolhimento correto das contribuições, quanto dos segurados do regime no respeito à cláusula geral de boa-fé nas relações jurídicas, consubstanciada na responsabilidade social de respeito aos comandos mais básicos oriundos da legislação, como o aqui debatido: quem é incapaz para o trabalho, como o aposentado por invalidez, não pode acumular o benefício por incapacidade com a remuneração do trabalho.

5. Admitir exceções a uma obrigação decorrente de comando legal expresso que define o limite de uma cobertura previdenciária, passível de compreensão pelo mais leigo dos cidadãos, significa transmitir a mensagem de que se pode sugar tudo do Erário, por mais ilegal que seja, já que para o Estado não é preciso devolver aquilo que foi recebido ilegalmente. Em uma era de debates sobre apropriação ilegal de recursos públicos e seus níveis, essa reflexão é imensamente simbólica para que se passe a correta mensagem a toda a sociedade.

6. Sobre a alegação da irrepetibilidade da verba alimentar, está sedimentado no STJ o entendimento de que a aplicação dessa compreensão pressupõe a boa-fé objetiva, concernente na constatação de que o receptor da verba alimentar compreendeu como legal e definitivo o pagamento. A propósito: MS 19.260/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe 11/12/2014.

7. Conforme fixado no precedente precitado, "descabe ao receptor da verba alegar que presumiu o caráter legal do pagamento em hipótese de patente cunho indevido, como, por exemplo, no recebimento de auxílio-natalidade (art. 196 da Lei 8.112/1990) por servidor público que não tenha filhos".

8. Tal entendimento aplica-se perfeitamente ao presente caso, pois não há como presumir, nem pelo mais leigo dos segurados, a legalidade do recebimento de aposentadoria por invalidez com a volta ao trabalho, não só pela expressa disposição legal, mas também pelo raciocínio básico de que o benefício por incapacidade é indevido se o segurado se torna novamente capaz para o trabalho.

9. No mesmo sentido do que aqui decidido: "1. Em exame, os efeitos para o segurado, do não cumprimento do dever de comunicação ao Instituto Nacional do Seguro Social de seu retorno ao trabalho, quando em gozo de aposentadoria por invalidez. 2. Em procedimento de revisão do benefício, a Autarquia previdenciária apurou que o segurado trabalhou junto à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, no período de 04/04/2001 a 30/09/2007 (fls. 379 e fls. 463), concomitante ao recebimento da aposentadoria por invalidez no período de 26/5/2000 a 27/3/2007, o que denota clara irregularidade 3. A Lei 8.213/1991 autoriza expressamente em seu artigo 115, II, que valores recebidos indevidamente pelo segurado do INSS sejam descontados da folha de pagamento do benefício em manutenção. Pretensão de ressarcimento da Autarquia plenamente amparada em lei." REsp 1454163/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.12.2015.

10. Recurso Especial provido.

(REsp 1554318/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe de 2/9/2016)

Já na situação "b" acima descrita, há elementos de natureza processual prejudiciais ao presente caso a serem considerados, notadamente a aplicabilidade da tese repetitiva fixada no REsp 1.253.513/AL (Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 27.6.2012, DJe de 20.8.2012):

5. Nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objetada no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada. É o que preceitua o art. 741, VI, do CPC: "Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre (...) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença".

6. No caso em exame, tanto o reajuste geral de 28,86% como o aumento específico da categoria do magistério superior originaram-se das mesmas Leis 8.622/93 e 8.627/93, portanto, anteriores à sentença exequenda. Desse modo, a compensação poderia ter sido alegada pela autarquia recorrida no processo de conhecimento.

7. Não arguida, oportunamente, a matéria de defesa, incide o disposto no art. 474 do CPC, reputando-se "deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento como à rejeição do pedido".

Aparadas as devidas arestas, o tema ora controvertido cinge-se à "possibilidade de recebimento de benefício, por incapacidade, do Regime Geral de Previdência Social, de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez), concedido judicialmente em período de abrangência concomitante àquele em que o segurado estava trabalhando e aguardava o deferimento do benefício."

2. Fundamentação para a resolução da tese controvertida

Alguns benefícios previdenciários possuem a função substitutiva da renda auferida pelo segurado em decorrência do seu trabalho, como mencionado nos arts. 2º, VI, e 33 da Lei 8.213/1991. Em algumas hipóteses, a substitutividade é abrandada, como no caso de ser possível a volta ao trabalho após a aposentadoria por tempo de contribuição (art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991). Em outras, a substitutividade resulta na incompatibilidade entre as

Superior Tribunal de Justiça

duas situações (benefício e atividade remunerada), como ocorre com os benefícios auxílio-doença por incapacidade e aposentadoria por invalidez.

Desses casos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, é pressuposto que a incapacidade total para o trabalho seja temporária ou definitiva, respectivamente.

Como consequência, o Regime Geral de Previdência Social arca com os citados benefícios por incapacidade para consubstanciar a função substitutiva da renda, de forma que o segurado que não pode trabalhar proveja seu sustento.

A cobertura previdenciária, suportada pelo regime contributivo solidário, é o provimento do sustento do segurado enquanto estiver incapaz para o trabalho.

É decorrência lógica da natureza dos benefícios por incapacidade, substitutivos da renda, que a volta ao trabalho seja, em regra, causa automática de cessação desses benefícios, como se infere do requisito da incapacidade total previsto nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/1991, com ressalva ao auxílio-doença.

No caso de aposentadoria por invalidez, o art. 42 da Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS) estabelece como requisito a incapacidade "para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência", e, assim, a volta a qualquer atividade resulta no automático cancelamento do benefício (art. 46).

Já o auxílio-doença estabelece como requisito (art. 59) que o segurado esteja "incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual". Desse modo, a função substitutiva do auxílio-doença é restrita às duas hipóteses, fora das quais o segurado poderá trabalhar em atividade não limitada por sua incapacidade.

Alinhada a essa compreensão, já implícita desde a redação original da Lei 8.213/1991, a Lei 13.135/2015 incluiu os §§ 6º e 7º no art. 60 daquela, com a seguinte redação (grifos acrescentados):

§ 6º O segurado que durante o gozo do auxílio-doença vier a exercer atividade que lhe garanta subsistência **poderá** ter o benefício cancelado a partir do retorno à atividade.

§ 7º Na hipótese do § 6º, caso o segurado, durante o gozo do auxílio-doença, **venha a exercer atividade diversa daquela que gerou o benefício, deverá ser verificada a incapacidade para cada uma das atividades exercidas**.

Superior Tribunal de Justiça

Apresentado esse panorama legal sobre o tema, é importante estabelecer o ponto diferencial entre a hipótese fática dos autos e aquela tratada na lei: aqui o segurado requereu o benefício, que lhe foi indeferido, e acabou trabalhando enquanto não obteve seu direito na via judicial; já a lei trata da situação em que o benefício é concedido, e o segurado volta a trabalhar.

A presente controvérsia trata de caso, portanto, em que falhou a função substitutiva da renda, base da cobertura previdenciária dos benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

O provimento do sustento do segurado não se materializou, no exato momento da incapacidade, por falha administrativa do INSS, que indeferiu incorretamente o benefício, sendo inexigível do segurado que aguarde a efetivação da tutela jurisdicional sem que busque, pelo trabalho, o suprimento da sua subsistência.

Por culpa do INSS, resultado do equivocado indeferimento do benefício, o segurado teve de trabalhar, incapacitado, para prover suas necessidades básicas, o que doutrinária e jurisprudencialmente se convencionou chamar de sobre-esforço. A remuneração por esse trabalho é resultado inafastável da justa contraprestação pecuniária.

Na hipótese, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa atua contra a autarquia previdenciária, pois, por culpa sua – indeferimento equivocado do benefício por incapacidade –, o segurado foi privado da efetivação da função substitutiva da renda laboral, objeto da cobertura previdenciária, inerente aos mencionados benefícios.

Como tempero do elemento volitivo do segurado, constata-se objetivamente que, ao trabalhar enquanto espera a concessão de benefício por incapacidade, está ele atuando de boa-fé, cláusula geral hodiernamente fortalecida na regência das relações de direito.

Dessarte, enquanto a função substitutiva da renda do trabalho não for materializada pelo efetivo pagamento do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, é legítimo que o segurado exerça atividade remunerada para sua subsistência, independentemente do exame da compatibilidade dessa atividade com a incapacidade laboral.

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. DESCONTO DO PERÍODO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I - Na origem, trata-se de embargos à execução opostos pelo INSS, em relação a processo executivo relativo ao pagamento de auxílio-doença. Na sentença, o embargos foram rejeitados. No Tribunal de origem, a sentença foi mantida.

II - Verifica-se que o Tribunal a quo, com base na análise do conjunto fático-probatório, manteve a decisão em que se consignou que houve ofensa à coisa julgada, porquanto a pretensão da autarquia na presente lide é a mesma formulada no processo anteriormente julgado. Confere-se trecho da decisão, *in verbis*: "A Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 27/06/2012, em sede de recurso representativo da controvérsia (Recurso Especial Repetitivo 1.235.513/AL, Rel. Min. Castro Meira), firmou orientação no sentido de que a compensação somente poderá ser alegada, em sede de embargos à execução, se houver impossibilidade da alegação no processo de conhecimento ou se fundar em fato superveniente à sentença, caso contrário haveria ofensa à coisa julgada. Aplicando-se o referido entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, não é possível a compensação dos valores em atraso, ante a ausência de previsão no título executivo judicial do desconto de eventuais parcelas atrasadas a serem pagas nos períodos em que a parte autora verteu contribuições à Previdência Social como contribuinte individual. [...] Assim, tendo em vista que a autarquia previdenciária não requereu, durante a fase de conhecimento, o desconto do período em que a parte autora verteu contribuições à Previdência Social, nem comprovou fato superveniente à sentença, é indevida a compensação, ante a ofensa à coisa julgada."

III - Conforme a jurisprudência desta Corte, a análise da ocorrência da coisa julgada importa em reexame do conjunto fático-probatório, vedado em via de recurso especial, ante o teor da Súmula n. 7/STJ.

Nesse sentido: AgRg no AREsp n. 517.605/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/8/2014, DJe 9/10/2014 e AgInt no AREsp n. 669.473/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017. Sendo assim, rever o posicionamento do Tribunal a quo, encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.

IV - Ademais, ainda que assim não fosse, melhor sorte não acudiria ao recorrente. Com efeito, pelo que se deduz dos autos, a autora, in casu, postulou benefício por incapacidade junto ao INSS, tendo sua pretensão negada, motivo pelo qual ajuizou ação visando obter o benefício. A respeito da cumulação de benefício por incapacidade e atividade laborativa, a jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que o segurado que retorna ao trabalho, em situação de incapacidade, ante a negativa da autarquia em conceder o benefício, não pode ser prejudicado, devendo receber o benefício por todo o período

reconhecido judicialmente. Esse é, ainda, o entendimento da TNU, Súmula n. 72. Nesse sentido, in verbis: REsp n. 1.724.369/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/4/2018, DJe 25/5/2018 e AgInt no REsp n. 1.620.697/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 26/6/2018, DJe 2/8/2018.

V - Sendo assim, verifico que a pretensão da autarquia, na verdade, é reverter a conclusão a que chegou o Tribunal a quo com base no conjunto probatório dos autos, no sentido de que a recorrente não é inválida. Entretanto, para isso, seria necessário revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável em via de recurso especial, ante o óbice constante da Súmula n. 7/STJ.

VI - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1.415.347/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe de 28/10/2019)

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE CONCEDIDO JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DE PARCELAS PRETÉRITAS DO BENEFÍCIO COINCIDENTES COM PERÍODO EM QUE HOUVE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA. CABIMENTO. PRECEDENTES. REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 45/STJ.

I - Na origem, cuida-se de ação ajuizada em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando o restabelecimento de auxílio-doença acidentário e sua conversão em aposentadoria por invalidez.

II - Acórdão regional em conformidade com o entendimento jurisprudencial do STJ no sentido de que "reconhecido o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de benefício por incapacidade, o exercício de atividade remunerada, por si só, não tem o condão de afastar o direito à percepção de parcelas atrasadas". (AgInt no AgInt no AREsp n. 1.170.040/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 4/10/2018, DJe 10/10/2018). Outros precedentes: AgInt no REsp n. 1.669.033/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 23/8/2018, DJe 30/8/2018; AgInt no REsp n. 1.620.697/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 26/6/2018, DJe 2/8/2018; e REsp n. 1.573.146/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 13/11/2017.

III - De acordo com o Enunciado n. 45 da Súmula do STJ, "no reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta a Fazenda Pública". Nesse sentido são os julgados: REsp n. 1.600.115/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/8/2016, DJe 12/9/2016; AgRg no AREsp n. 762.129/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 24/11/2015; e AgRg no AREsp n. 522.357/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/9/2014, DJe 24/9/2014.

IV - Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.745.633/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/3/2019, DJe de 18/3/2019)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE CONCEDIDO JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DE PARCELAS PRETÉRITAS DO BENEFÍCIO COINCIDENTES COM PERÍODO EM QUE HOUVE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA. CABIMENTO.

1. O segurado que, considerado incapaz em termos previdenciários, retorna ao trabalho movido por extrema necessidade, para manter seu sustento enquanto aguarda a definição sobre a concessão do benefício por incapacidade, não pode ser penalizado com o não recebimento do benefício nesse período.

2. O exercício de atividade remunerada, por si só, não afasta o direito à percepção do benefício por incapacidade quando apurado o risco social, sendo que o não pagamento das parcelas correspondentes premia a Administração Pública pelo seu erro e acarreta enriquecimento sem causa. Precedentes.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.620.697/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/6/2018, DJe de 2/8/2018)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ CONCEDIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DE PARCELAS PRETÉRITAS DO BENEFÍCIO COINCIDENTES COM PERÍODO EM QUE HOUVE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA, MESMO ESTANDO O SEGURADO INCAPACITADO. CABIMENTO. ENTENDIMENTO EM HARMONIA COM A SÚMULA 72 DA TNU. RECURSO ESPECIAL DO SEGURADO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. O Segurado que, mesmo considerado incapaz em termos previdenciários, retorna ao trabalho para manter seu sustento enquanto aguarda a definição sobre a concessão do benefício por incapacidade, não pode ser penalizado com o não recebimento do benefício neste período.

2. Não se pode admitir que o exercício de atividade remunerada, por si só, possa elidir o direito à percepção do benefício por incapacidade, isto porque o indeferimento do benefício pela Autarquia Previdenciária coloca o Segurado em risco social, em estado de necessidade, compelido a superar suas dificuldades físicas para buscar meios de manutenção e sobrevivência.

3. Deve-se olhar a situação com enfoque na efetiva proteção social que a demanda exige, não havendo que se falar em concomitância de exercício de atividade remunerada com a percepção de benefício por incapacidade, e sim na reparação da injusta situação a que foi submetido o Segurado. Retirar da entidade previdenciária o dever de conceder o benefício a quem realmente faz jus seria como premiar a Administração Pública com o enriquecimento sem causa.

4. Recurso Especial do Segurado a que se dá provimento.

(REsp 1.573.146/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe de 13/11/2017)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AFETAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. AUXÍLIO-DOENÇA. DEMANDA JUDICIAL. CONCESSÃO. DESCONTO PELA ATIVIDADE REMUNERADA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não merece prosperar o pedido de sobrestamento do feito visto que o apelo nobre apontado (REsp n. 1.751.185/SP) foi considerado inapto para processamento pelo rito dos repetitivos, juntamente com os outros recursos (REsp ns. 1.754.606/SC, 1.751.222/SP e 1.751.225/SP).

2. Esta Corte possui orientação de ser indevido o desconto, em benefícios por incapacidade, de período no qual houve exercício de atividade remunerada, ou recolhimento de contribuições, no curso de demanda judicial contra o indeferimento administrativo, sob pena de prestigiar o enriquecimento da autarquia, que deu causa à lide.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1.393.909/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 9/5/2019, DJe de 6/6/2019)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. DEMORA NA IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO QUE OBRIGOU O BENEFICIÁRIO A CONTINUAR TRABALHANDO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A SÚMULA 72 DO TNU.

1. Não se conhece do Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 1.022 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, ao decidir a vexata quaestio, consignou: "Registro que, na espécie, como causa do cancelamento da aposentadoria por invalidez, só pode ser considerado o retorno ao trabalho daquele que já vem percebendo tal benefício. Ou seja, se por sentença alguém obtém a aposentadoria por invalidez e, após devidamente implantado o benefício, essa pessoa mantém ou retorna à atividade laboral, aí sem é caso de fazer cessar o respectivo pagamento. Com efeito, o INSS deu causa ao ajuizamento da ação acidentária quando deixou de conceder o benefício adequado na esfera administrativa. E agora, no âmbito judicial, quer, mediante injustificável resistência, obstar a implantação e o pagamento do benefício, de caráter indiscutivelmente alimentar, e destinado a assegurar a subsistência de um trabalhador que teve a capacidade laborativa comprometida de maneira total e permanente. A eventual permanência, ou retorno, no desempenho de atividade profissional não significa a cessação da incapacidade reconhecida em juízo, após perícia médica. Antes, demonstra superação pessoal do obreiro que, mesmo com graves restrições físicas, precisou continuar laborando para auferir o mínimo de renda para sua subsistência, até o desfecho definitivo da lide e a efetiva implantação do benefício

acidentário pertinente (fls. 256-257, e-STJ).

3. Extraí-se do acórdão vergastado e das razões de Recurso Especial que o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, mormente de eventual responsabilidade do ente previdenciário pela demora na implantação do benefício, o que não se admite ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Ademais, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais - TNU (Súmula 72/TNU) já enfrentou o tema, consolidando a orientação de que o segurado que, mesmo considerado incapaz em termos previdenciários, retorna ao trabalho para manter seu sustento, enquanto aguarda a definição sobre a concessão do benefício por incapacidade, não pode ser penalizado com o não recebimento do benefício neste período. Precedente: REsp 1.573.146/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado DJe 13.11.2017.

5. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1724369/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe de 25/5/2018)

3. Definição da tese repetitiva

Proponho a fixação desta tese repetitiva:

No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente.

4. Resolução do caso concreto

Ao Recurso Especial deve ser negado provimento, pois o Tribunal de origem julgou o presente caso no mesmo sentido do entendimento aqui proposto (fls. 142-143/e-STJ):

A permanência do segurado no exercício das atividades laborativas decorre da necessidade de prover sua subsistência enquanto a administração ou o Judiciário não reconheça sua incapacidade, não obstante a concessão do benefício vindicado durante a incapacidade.

Consubstanciado o que previsto no Enunciado Administrativo 7/STJ, condeno

o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor total da verba sucumbencial fixada nas instâncias ordinárias, com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

Saliento que os §§ 3º e 11 do art. 85 do CPC/2015 estabelecem teto de pagamento de honorários advocatícios quando a Fazenda Pública for sucumbente, o que deve ser observado se a verba sucumbencial é acrescida na fase recursal, como no presente caso.

5. Conclusão

Por todo o exposto, **nego provimento ao Recurso Especial, majoro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor total da verba sucumbencial estipulada na origem (§ 11 do art. 85 do CPC/2015) e fixo, para os fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, a seguinte tese repetitiva, relativa ao Tema 1.013/STJ: "No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente."**

É como **voto**.