Reexame necessário e Apelação Cível nº 0018744-70.2010.815.0011 – Vara de Feitos Especiais de Campina Grande.
Relator: Des. José Aurélio da Cruz.
Apelante: INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.
Procurador: Marcelo de Castro Batista.
Apelado: Dimas Firmino Alves.
Advogado: Manoel Félix Neto.

DECISÃO MONOCRÁTICA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA**.** AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO. PROCEDÊNCIA. **REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL.** PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA MÉDICA. INVESTIGAÇÃO DO QUADRO ATUAL DO SEGURADO. PROVA EMPRESTADA INSUFICIENTE. NECESSIDADE DE MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA. NULIDADE DA SENTENÇA. RECONHECIMENTO. RETORNO DOS AUTOS PARA PRODUÇÃO DA PERÍCIA. §1º-A DO ART. 557 DO CPC. **PROVIMENTO MONOCRÁTICO DOS RECURSOS.**

1. Se o juízo de certeza acerca dos fatos, capaz de proporcionar a justa e adequada prestação jurisdicional, pressupõe fundamental produção de provas, é necessário que o julgador determine a realização dos atos conducentes à segura formação do seu convencimento, assim como preconizam o art. 130 do CPC e o princípio da verdade real.

VISTOS, etc.

Trata-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo **INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL** contra sentença (fls. 134/141) que julgou procedente a ação ordinária ajuizada por **DIMAS FIRMINO ALVES**.

Entendendo terem sido comprovados os requisitos legais, o juízo originário condenou o Apelante no dever de implantar "auxílio-doença acidentário", com efeitos financeiros a partir do 16º dia da incapacidade para o trabalho habitual.

Inconformado, manejou apelo (fls. 142/147) alegando, preliminarmente, ter havido cerceamento de defesa na medida em que não foi oportunizada a produção de prova pericia, considerada como imprescindível para determinar o alcance da incapacidade da parte autora.

Contrarrazões apresentadas (fls. 164/170).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento recursal (fls. 176/178-v).

É o relatório.

DECIDO

DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

O Auxílio-doença se constitui em benefício previdenciário devido em razão da incapacidade para o trabalho habitual, nos termos do *caput* do art. 59 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

> Art. 59. 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 ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Na instância originária, a sentença foi proferida com base em cópia de perícia médica judicial realizada no âmbito da Justiça do Trabalho (Processo nº 00862.2009.009.13.00-5, fls. 35/46), considerada como prova emprestada.

O Apelante aduz que a não produção de prova pericial judicial, neste processo, macula a validade da decisão, visto que conduziria para o não acolhimento do pedido autoral, ante a demonstração do bem-estar geral do Apelado.

Apesar de ser possível o provimento jurisdicional com base em prova emprestada, conforme orienta do STJ[1], os elementos do caso concreto conduzem para entendimento diverso.

1 "É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legalidade da prova emprestada, quando esta é produzida com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. Súmula 83/STJ". (REsp 1447157/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 20/11/2015)

Pelo disposto no art. 62 do diploma legal acima apontado, a condição atual do segurado é de suma importância para o deslinde justo da questão posta, assim estabelecendo:

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

Da dicção legal, depreende-se que a evolução do quadro clínico da parte determinará seu destino, impondo-lhe o retorno ao trabalho ou a concessão substitutiva de outro benefício (auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez).

Observa-se que a justiça da decisão passa pela correta averiguação da condição do Apelado para o labor, inclusive em função diversa, ou simplesmente sua permanente impossibilidade.

Apesar do uso da prova emprestada ser autorizada pelo ordenamento jurídico, a mesma foi confeccionada em Novembro/2009, portanto cinco anos antes da sentença.

O pedido para produção de nova prova pericial, por parte da autarquia previdenciária representa medida que deve ser acolhida, especialmente quando lhe cumpre provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC:

> Art. 333. O ônus da prova incumbe:
> […]
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Dessa forma, resta evidente a necessidade de maior dilação probatória, com a produção de perícia médica, em homenagem ao princípio da verdade real.

Se o juízo de certeza acerca dos fatos, capaz de proporcionar a justa e adequada prestação jurisdicional, pressupõe fundamental produção de provas desprezadas pelas partes, é necessário que o julgador, de ofício, determine a realização dos atos conducentes à segura formação do seu convencimento, assim como preconizam o art. 130 do CPC, *in verbis*:

> Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Nesse sentido precedente desta Corte, inclusive em processo de minha autoria:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SENTENÇA PELA IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL. EXPANSÃO DE REDE ELÉTRICA. CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. DEFESA QUE ALEGA PRÉVIA EXISTÊNCIA. NOVA INDENIZAÇÃO SUPOSTAMENTE PREJUDICADA. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO. AUSÊNCIA, NOS AUTOS, DE CÓPIA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO. NECESSIDADE DE MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA. NULIDADE DA SENTENÇA. RETORNO DOS AUTOS PARA PRODUÇÃO DA PROVA. APELO PREJUDICADO. SEGUIMENTO NEGADO MONOCRATICAMENTE. 1. Se o juízo de certeza acerca dos fatos, capaz de proporcionar a justa e adequada prestação jurisdicional, pressupõe fundamental produção de provas desprezadas pelas partes, é necessário que o julgador, de ofício, determine a realização dos atos conducentes à segura formação do seu convencimento, assim como preconizam o art. 130 do CPC e o princípio da verdade real. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00014306120118150081, - Não possui -, Relator DES. JOSE AURELIO DA CRUZ , j. em 13-01-2016).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. AUSÊNCIA DE CONTRATO NOS AUTOS. DOCUMENTO ESSENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO ACERCA DA LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS. NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. SENTENÇA ANULADA. RECURSO PREJUDICADO. APLICAÇÃO DO ART. 515, §3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CAUSA MADURA. JULGAMENTO IMEDIATO. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00001511120108150781, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO , j. em 10-02-2015).

Ressalte-se, inclusive, que é pacífica a aplicação do princípio da fungibilidade aos benefícios previdenciários, na esteira dos precedentes do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO DO TRIBUNAL A QUO. INEXISTÊNCIA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO DAQUELE RECONHECIDO NA SENTENÇA. AGRAVAMENTO DA CONDENAÇÃO IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. RECONHECIMENTO DO NEXO CAUSAL. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
> 1. Verifica-se não ter sido demonstrada ofensa ao artigo 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas,

apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos.
2. **Esta Casa possui entendimento no sentido de que a determinação, na sentença, de concessão de benefício acidentário diverso do requerido na inicial não configura julgamento extra ou ultra petita.** (Precedentes: REsp 1320249/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 17/5/2013; AREsp 239301/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 20/11/2012; REsp 1227530/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 8/8/2012; AgRg no REsp 1305049/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/5/2012).
2. Todavia, a remessa obrigatória dos autos ao Tribunal ad quem, para confirmação de sentença desfavorável à Fazenda Pública, tem por escopo proteger a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público contra eventual desacerto da decisão.
3. A prestação jurisdicional a ser entregue, em sede de reexame necessário, limita-se à análise quanto à correção ou não da sentença contrária aos entes públicos enumerados, motivo pelo qual não se revela possível substituir o benefício previdenciário reconhecido pelo juiz de primeiro grau por outro mais vantajoso ao segurado, em detrimento do interesse coletivo. Inteligência dos arts. 475, I, e 515, ambos do CPC.
4. A jurisprudência pacífica desta Corte consolidou-se no sentido de ser defeso agravar a situação da Fazenda Pública em sede de remessa oficial. Incidência do óbice da Súmula n. 45/STJ.
5. O Tribunal de origem, com base nos elementos probatórios dos autos, expressamente consignou estar evidenciado o nexo causal entre a incapacidade do autor e a atividade laborativa. A alteração das conclusões do acórdão recorrido, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
6. Recurso especial parcialmente provido.
(STJ. REsp 1379494/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 12/06/2013)

DISPOSITIVO

Diante do exposto, com fundamento no §1º-A do art. 557 do CPC, **DOU PROVIMENTO MONOCRÁTICO AO APELO E AO REEXAME NECESSÁRIO** para **DECLARAR A NULIDADE DA SENTENÇA,** determinando o retorno dos autos à instância originária para produção da prova pericial objetivando investigar a atual extensão da incapacidade para o trabalho do Apelado.

Publique-se. Intimem-se.

João Pessoa, 15 de fevereiro de 2016.

Desembargador JOSÉ AURÉLIO DA CRUZ
Relator