

O QUE ESPERAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO SOBRE A EXTENSÃO DO ADICIONAL DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE A OUTRAS APOSENTADORIAS?*

WHAT TO EXPECT FROM THE SUPREME COURT IN JUDGING ON THE EXTENSION OF THE ADDITIONAL PERMANENT ASSISTANCE TO OTHER RETIREMENTS?

VINÍCIUS PACHECO FLUMINHAN

Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie com sanduíche na Université Paris-Nanterre. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado em Campinas/SP. Endereço eletrônico: vf@viniciusfluminhan.com.br.

CINTIA NERBASS RIBAS

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Técnica Judiciária do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Endereço eletrônico: cnerbass@yahoo.com.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Dignidade humana e isonomia - 2. Como se pronunciou o STF em casos semelhantes?: 2.1. Recurso Extraordinário 580.963; 2.2. Recurso Extraordinário 197.807 - 3. É possível fazer um prognóstico do caso?: 3.1. Benefício novo x critério de concessão; 3.2. Omissão legislativa inconstitucional; 3.3. O princípio da contrapartida é uma séria objeção?: 3.3.1. O conflito entre princípios constitucionais; 3.3.2. Critérios objetivos para o sopesamento; 3.3.3. A solução aparentemente mais adequada para o caso - Conclusão - Referências.

* Data de recebimento do artigo: 08.04.2020.

Datas de pareceres de aprovação: 17.04.2020 e 20.04.2020.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 27.04.2020.

RESUMO: A extensão do adicional de 25% a outras espécies de aposentadoria, no âmbito do Regime Geral de Previdência, é um tema controverso que ainda permanece sem desfecho definitivo na jurisprudência. Considerando que a matéria será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, surgem muitas dúvidas. A Corte teria precedentes com alguma pertinência para enfrentar o tema? Esses precedentes seriam compatíveis com a *ratio decidendi* adotada pelo Superior Tribunal de Justiça? Enfim, o que é possível prognosticar a respeito? O trabalho foi produzido com base em revisão bibliográfica e análise comparada entre os argumentos do STJ no REsp 1.648.305 e os argumentos do STF no RE 580.963 e RE 197.807. Os resultados do estudo revelam que, à luz dos precedentes examinados, existe uma tendência de acolhimento da tese de extensão do adicional a outras aposentadorias, haja vista que mesmo após a nova redação do art. 201, § 1º, da Constituição Federal e a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Decreto 6.949/09), o art. 45 da Lei 8.213/91 apresenta uma omissão inconstitucional que pode ser arguida pelo STF.

PALAVRAS-CHAVE: aposentadorias; adicional de assistência permanente (25%); princípio da igualdade; pessoa com deficiência; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The extension of the 25% surcharge to other types of retirement, under the General Welfare Social Security, is a controversial issue that still remains without a definitive outcome in the jurisprudence. Considering that the matter will be considered by the Supreme Court, many doubts arise. Would the Court have precedents with any relevance to address the issue? Would these precedents be compatible with the *ratio decidendi* adopted by the Superior Court of Justice? Anyway, what is possible to predict about it? The work was produced based on bibliographic review and comparative analysis between the arguments of the Superior Court of Justice in Special Appeal 1648305 and the arguments of the Supreme Court in Extraordinary Appeal 580963 and 197.807. The results of the study reveal that, in the light of the precedents examined, there is a tendency to accept the thesis of extending the additional to other pensions, given that even after the new wording of art. 201, item 1st, of the Federal Constitution and the approval of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Decree 6.949/09), article 45 of Law 8.213/91 presents an unconstitutional omission that can be argued by the Supreme Court.

KEYWORDS: pensions; additional permanent assistance (25%); principle of equality; disabled person; Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Após a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.648.305, ficou a expectativa de que qualquer aposentadoria do Regime Geral de Previdência poderia receber o adicional de 25%, caso seu beneficiário se tornasse inválido a ponto de necessitar da assistência permanente de outra pessoa. Porém, com a interposição de recursos do INSS junto ao Supremo Tribunal Federal, a controvérsia ganhará mais um capítulo e nos convida a refletir sobre o caso.

A celeuma em torno do art. 45 da Lei 8.213/91 guarda pontos de muita semelhança com outros julgados do referido Tribunal, como é o caso do Recurso Extraordinário 197.807

e do Recurso Extraordinário 580.963. Em ambos, a Corte Maior abordou princípios constitucionais e métodos hermenêuticos para tratar da concessão de benefícios em meio a lacunas deixadas pela legislação.

O propósito deste artigo é abordar as premissas que serviram de fundamento para a decisão tomada no Recurso Especial 1.648.305 e, em seguida, contrapô-las ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos precedentes acima mencionados. Além de revisão bibliográfica, o trabalho adotou como referência as próprias argumentações utilizadas nos três julgados.

O confronto analítico ora proposto pode fornecer subsídios para prognosticar a decisão que será tomada nesta matéria. Embora a composição atual do STF não seja a mesma de outrora, a necessidade de uniformização e de estabilização da jurisprudência podem fazer com que a *ratio decidendi* dos casos já julgados abra caminho para que a Corte decida da mesma forma o caso atualmente *sub judice*.

1. DIGNIDADE HUMANA E ISONOMIA

Conforme ficou definido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.648.305, a extensão do adicional previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 a todas as aposentadorias tem respaldo constitucional, especialmente por conta dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Coerentemente, a Corte adotou o mesmo caminho hermenêutico anteriormente aplicado para dois casos semelhantes, o REsp 1.355.052 e o REsp 1.411.258, que discutiram, respectivamente, a possibilidade de extensão do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 para outros benefícios no valor de até um salário mínimo e a manutenção do menor sob guarda como dependente previdenciário no RGPS.

A atuação do Superior Tribunal de Justiça coincide com a evolução doutrinária envolvendo os direitos fundamentais. Quando estão revestidos na forma de princípios, os direitos fundamentais servem como diretriz de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais,¹ já que formam a base do ordenamento jurídico.

Especificamente no campo da Seguridade Social, Wagner Balera e Cristiane Mussi enfatizam que os princípios previstos no art. 5º da Constituição Federal, entre eles o da igualdade, são de grande aplicabilidade e se subordinam ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF),² opinião compartilhada pela doutrina da Ministra Carmen Lúcia.³

As lições acima foram utilizadas como primeira premissa no raciocínio desenvolvido pela 1ª Seção do STJ no julgamento do REsp 1.648.305. Com efeito, ficou consignado no voto-vista da Ministra Regina Helena Costa, acompanhado pela maioria do colegiado, que “as normas que regulam os benefícios e serviços da Previdência Social devem

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 230.

² BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 40.

³ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 118.

ser interpretadas em harmonia com a Constituição da República e com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”.

Em seguida, a Corte foi clara ao afirmar que não importa se a *grande invalidez* está associada a uma aposentadoria por invalidez, já que a orientação do legislador ordinário foi pela “proteção do risco social consubstanciado no indispensável amparo ao segurado, atribuindo-lhe o auxílio de terceira pessoa, buscando assim diminuir o impacto financeiro sobre o valor de seus proventos com a contratação de assistência permanente”.

Assim, o STJ deixou claro que se o segurado, ao receber aposentadoria diferente daquela que é motivada por invalidez, assemelhar-se posteriormente ao aposentado por invalidez acometido de uma *grande invalidez*, não pode ser preterido no direito ao adicional de 25%, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade humana.

A igualdade exerce um papel fundamental neste caso, pois pode iluminar o caminho interpretativo do julgador. Segundo Carlos Maximiliano, “se entre a hipótese conhecida e a nova a semelhança se encontra em circunstâncias que se deve reconhecer como essenciais, isto é, como aquelas das quais dependem todas as consequências merecedoras de apreço na questão discutida, o argumento adquire a força de uma indução rigorosa”.⁴

A partir deste processo indutivo duas opções são abertas ao hermenêuta: a analogia e a interpretação extensiva. De acordo com Maximiliano, a analogia está associada a uma lacuna do Direito Positivo, enquanto a interpretação extensiva completa a norma existente. A primeira pressupõe a falta de dispositivo expresso, ao passo que a segunda parte de um texto legislativo que, por ser considerado demasiado estreito, permite a conclusão de que o legislador disse menos do que pretendia (*minus dixit quam voluit*).⁵

Portanto, a lacuna deixada pelo art. 45 da Lei 8.213/91 pode ser suprida por operações hermenêuticas autorizadas por lei (arts. 4º e 5º da LINDB) e respaldadas pela isonomia.

Além da questão da igualdade, uma nuance importante do REsp 1.648.305 é o fato de as pessoas com deficiência se prejudicarem com a omissão da Lei 8.213/91, a despeito da vigência da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, internalizada em nosso ordenamento com *status* de Emenda Constitucional.

Assim, considerando que todos os indivíduos na mesma condição devem receber tratamento equivalente da lei, até por exigência de norma internacional já incorporada ao nosso ordenamento, a conclusão do acórdão da 1ª Seção do STJ não poderia ser outra: “impõe-se a extensão do adicional a todos os aposentados inválidos que necessitem de ajuda permanente de outra pessoa, independentemente do fato gerador da aposentadoria”.

2. COMO SE PRONUNCIOU O STF EM CASOS SEMELHANTES?

É possível esperar do Supremo Tribunal Federal o mesmo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça?

Entre tantas manifestações do STF em matéria de benefícios previdenciários, dois julgados chamam a atenção pela similaridade com a questão envolvendo o art. 45 da Lei

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 168.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 175.

8.213/91. Um deles é o Recurso Extraordinário 580.963, que abordou o alcance do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, e o outro, mais antigo, é o Recurso Extraordinário 197.807, que tratou da licença-maternidade nos casos de adoção.

2.1. Recurso Extraordinário 580.963

No julgamento do RE 580.963, o STF posicionou-se de forma favorável a uma interpretação extensiva do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. Como é sabido, este dispositivo estabelece expressamente um critério objetivo na apuração da renda mensal *per capita* para fins de concessão do benefício assistencial ao idoso previsto na Lei 8.742/93 (LOAS).

De acordo com a referida norma, o benefício assistencial ao idoso já concedido a qualquer membro da família não é computado para fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS. A contrário senso, são incluídos no cálculo os benefícios assistenciais recebidos por deficientes, embora também tenham valor de salário mínimo, assim como os benefícios previdenciários que não ultrapassam o valor de até um salário mínimo.

Em uma interpretação literal, observa-se que o art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 prejudica sensivelmente muitos cidadãos que buscam a proteção do benefício de prestação continuada (BPC). Embora o *télus* da norma tenha sido apenas oferecer um critério objetivo e menos rigoroso do que o previsto na LOAS (visando a expansão do benefício para famílias de baixíssima renda), o dispositivo trouxe uma discriminação legal injustificável.

De um lado, ele excluiu do cálculo da renda mensal *per capita* um benefício no valor de salário mínimo, mas, por omissão, incluiu no mesmo cálculo outros benefícios no valor de até um salário mínimo. Uma incoerência que se transforma em injustiça para muitos potenciais beneficiários do BPC.

Na ocasião, o INSS ressaltou que qualquer manifestação contrária por órgão judicial é ofensiva aos arts. 2º, 44, *caput*, 48, *caput*, e 59, III, da CF, que preveem a independência entre os Poderes, o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal, de modo que a ampliação do âmbito fático do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 implicaria criação de nova norma, mediante invasão de competência do legislador. Sustentou, ademais, que a ampliação das hipóteses de concessão do benefício assistencial violaria também a regra da contrapartida (art. 195, § 5º, CF).

A omissão do Estatuto do Idoso quanto à exclusão de outros benefícios (no valor de até um salário mínimo) do cálculo da renda mensal *per capita*, entretanto, foi vista pelo STF como um “grave equívoco” do legislador, segundo as palavras do Relator Ministro Gilmar Mendes, pois “pouco importa a origem do benefício se nós estivermos nesse plano de salário mínimo”.

Não obstante a necessidade de observância da independência entre os poderes e da competência legislativa do Congresso Nacional, não se pode confundir, segundo apontou o Relator, a *discricionariedade* entregue ao legislador com a *arbitrariedade* de

suas decisões, especialmente quando se viola a regra da isonomia. Em suma, não se pode aceitar que situações idênticas do ponto de vista numérico levem a resultados tão díspares. Segundo Gilmar Mendes,

imagine a situação hipotética de dois casais vizinhos, ambos pobres, sendo o primeiro composto por dois idosos e o segundo por um portador de deficiência e um idoso. Nessa situação, os dois idosos casados teriam direito ao benefício assistencial de prestação continuada, entretanto o idoso casado com o deficiente não poderia ser beneficiário do direito, nos termos da lei, se o seu parceiro portador de deficiência já recebesse o benefício. Isso revela uma absurda falta de coerência do sistema, tendo em vista que a própria Constituição elegeu as pessoas com deficiência e os idosos, em igualdade de condições, como beneficiários desse direito assistencial.

Deste modo, depois de acalorados debates no STF, o art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 foi declarado inconstitucional, sem pronunciamento de nulidade, por conta da quebra da isonomia por não excluir, no cálculo da renda mensal *per capita* do beneficiário da LOAS, outros benefícios no valor de até um salário mínimo. A Corte mostrou-se assim flexível para ajustar um dos critérios de concessão do BPC.

2.2. Recurso Extraordinário 197.807

No RE 197.807, o STF não analisou diretamente um benefício previdenciário. A celeuma surgiu de dúvidas quanto ao direito à licença-maternidade de uma empregada que havia adotado, o que exigiu da Corte uma interpretação finalística do art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. Mas o julgamento tinha no horizonte a possibilidade de extensão do salário-maternidade em casos de adoção, o que gerou inclusive uma menção expressa à Lei 8.213/91.

Antes de chegar ao Supremo, a tese de extensão da licença-maternidade à mãe adotiva havia recebido o acolhimento do TST e do TRT da 4ª Região, sob a alegação de que a lacuna deixada pela legislação poderia ser suprida pelo Judiciário.

Tomando por base a Lei 8.112/90, que previa o direito à servidora pública federal adotante, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que sempre exigiu a proteção integral do menor, as instâncias inferiores haviam resolvido a matéria à luz do art. 8º da CLT, que autoriza o uso da analogia para a aplicação da legislação trabalhista.

O empregador, de outro lado, defendia a tese de que a extensão da licença-maternidade à mãe adotiva, sem previsão legal, implicava ofensa ao art. 5º, inciso II, CF, assim como violação direta e literal ao disposto no art. 7º, inciso XVIII, da mesma norma, que se refere apenas à *gestante*.

Acolhendo a defesa patronal, o STF reputou inadequada a utilização da analogia para o caso. Segundo o Relator, Ministro Octavio Gallotti, para que o uso da analogia fosse possível, não bastava a lacuna da lei. Seria preciso perquirir se as mesmas razões que determinaram a edição da norma se faziam presentes também no caso colocado em

exame, ou seja, para o uso correto da analogia deve-se observar rigorosamente o brocardo *ubi eadem ratio ibi eadem iuris dispositio*.

Nessa linha de pensamento, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a *ratio* da licença-gestante reside na necessidade biológica do resguardo pós-parto. Segundo o Relator, a decisão do TST era merecedora de reparo porque

não tinha havido a analogia autorizada no ordenamento jurídico pátrio, mas imposição de obrigação ao recorrente sem anterior previsão em lei [...]. A violência ao art. 7º, XVIII, da CF/88 decorre de ter ele como *ratio* a debilitação em que ficam as mulheres em função do trabalho de parto. Ora, a mãe adotiva, em razão da adoção, não fica no estado de debilitação da gestante.

Como é sabido, este entendimento foi superado na via legislativa mediante várias alterações que equipararam a mãe biológica à mãe adotiva, por diferentes e justas razões, especialmente a necessidade de adaptação da família e a exigida proteção integral da criança. Na época, porém, a questão foi decidida à luz da legalidade.

Com efeito, na visão do STF o caso era de simples inexistência de direito social. É interessante notar que a Corte Maior fundamentou a decisão citando inclusive a Lei 8.213/91:

No caso em exame, o direito à licença é vinculado ao fato jurídico “gestação”, que não permite, segundo penso, a extensão do benefício à hipótese do ato de adoção [...]. Assim é que o art. 71 da Lei 8.213/91, aplicável aos segurados do Regime Geral de Previdência, situa em 28 dias antes do parto o termo inicial do salário-maternidade.

Assim, em que pese a enorme semelhança entre as duas situações (maternidade biológica e adotiva), ao afastar o uso da analogia para garantir a licença-maternidade à adotante, o STF mostrou ter um entendimento bastante rigoroso quanto à criação jurisprudencial de novos benefícios.

3. É POSSÍVEL FAZER UM PROGNÓSTICO DO CASO?

Os dois recursos apontados acima possuem diferenças substanciais que devem ser levadas em consideração para qualquer tentativa de prognosticar a controvérsia envolvendo o art. 45 da Lei 8.213/91.

3.1. Benefício novo x critério de concessão

No RE 580.963 houve um julgamento favorável à flexibilização da legislação social. Nele, a *ratio decidendi* foi fortemente sustentada pelo princípio da isonomia com a intenção de permitir um ajuste fino da lei em relação a critérios de concessão de um benefício já existente. Não se tratava, no caso, de criação pretoriana de uma prestação previdenciária ou assistencial.

Por outro lado, no julgamento do RE 197.807, o STF impediu a flexibilização da lei quando foi provocado a esclarecer, diante do art. 7º, inciso XVIII, CF, se no ordenamento jurídico pátrio seria possível vislumbrar um benefício trabalhista, e conseqüentemente, também um benefício previdenciário (salário-maternidade), apesar da lacuna constitucional quanto à mãe adotiva.

Do cotejo entre os dois precedentes, percebe-se que a Corte Maior não encontrou maiores problemas para flexibilizar critérios de concessão de benefício já previsto em lei, mediante o uso da interpretação extensiva, mas vislumbrou óbice para lidar com a hipótese de criação de um benefício novo mediante o uso da analogia.⁶

Ora, o caso abordado no REsp 1.648.305 é muito mais próximo da criação de benefício não previsto em lei do que de interpretação sobre critérios de concessão. Tendo em vista a própria topografia da Lei de Benefícios, não é difícil perceber que o legislador, conscientemente, não quis prever o adicional de 25% para outras aposentadorias. Injusta ou não, essa foi a opção política no momento de elaboração e discussão do projeto que deu origem à Lei 8.213/91.

À luz da distinção acima, a expectativa para o julgamento do STF seria de uma decisão muito mais assemelhada àquela tomada no RE 197.807 do que a decisão proferida no RE 580.963. Todavia, existe outra grande diferença entre dois recursos que inverte essa expectativa. Qual seria ela?

3.2. Omissão legislativa inconstitucional

O julgamento proferido no RE 580.963 deixou à comunidade jurídica uma lição muito importante, pois trouxe um fato novo a ser considerado no prognóstico da questão envolvendo o adicional de 25%. Trata-se do advento da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e do tratamento hermenêutico dado a ele pelo STF na interpretação do Estatuto do Idoso. Esse fato novo minimiza substancialmente a força do precedente fixado no RE 197.807.

O procedimento de *internalização* de tratados e convenções internacionais no Brasil é complexo, pois resulta da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve definitivamente mediante decreto legislativo sobre tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, inciso I), e a do Presidente da República, que além de poder celebrar esses atos de direito internacional (art. 84, inciso VIII), também dispõe da competência para promulgá-los mediante decreto.⁷

Após este procedimento, “o tratado incorpora-se ao ordenamento jurídico brasileiro e, dessa forma, reveste-se de caráter vinculante, conferindo direitos e estabelecendo obrigações, não sendo permitido à parte signatária “invocar as disposições de seu direito

⁶ Embora por outras razões e com algumas diferenças, o STF reafirmou esse entendimento mais recentemente ao deliberar sobre o Tema 503 (RE 661.256), referente à “desaposentação”, firmando a tese segundo a qual “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias”.

⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 132-133.

interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, conforme disposto no art. 27 da Convenção de Viena de 1969.⁸

Uma vez adquirido o efeito vinculante dentro do Estado-membro, abrem-se diferentes possibilidades para a definição da posição hierárquica da norma internacional, dentre elas “a supraconstitucionalidade; a constitucionalidade; a supralegalidade (ou seja, a primazia em relação a toda a ordem jurídica nacional, salvo a Constituição); e a infraconstitucionalidade, pela qual as normas internacionais adquirem *status* semelhante ao das leis comuns (ordinárias) do Estado”.⁹

No Brasil, os tratados e convenções recebem em princípio o *status* de lei ordinária.¹⁰ Existe, porém, a possibilidade de se conferir a eles o *status* de emenda constitucional quando seu conteúdo se refere a direitos humanos e sua aprovação obedece ao procedimento do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Conforme se observa no Decreto nº 6.949, de 25.08.2009, tendo a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência disposições catalogadas como *direitos humanos*, ganhou o *status* de emenda constitucional após ser aprovada pelo Congresso Nacional com quórum de 3/5 dos votos em dois turnos de votação.

Ora, no julgamento do RE 580.963 o foco não foi somente o uso da analogia ou da interpretação extensiva do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03, mas, sobretudo, a omissão inconstitucional da referida lei ao silenciar-se quanto à pessoa com deficiência (PCD), no referido dispositivo, e contemplar apenas a pessoa idosa. Um silêncio não só inconstitucional frente à eficácia imediata das normas do Decreto nº 6.949, de 25.08.2009 - respaldadas no art. 5º, § 1º, CF -, mas também injusto, se considerarmos que a situação de um PCD pode ser tão ou mais grave que a de uma pessoa idosa.

Portanto, da mesma maneira que na vigência do Decreto 6.949/09 não faz sentido incluir na renda mensal familiar *per capita*, para fins de concessão de BPC, o valor de benefício já recebido por uma pessoa com deficiência ou qualquer benefício previdenciário no valor de até um salário mínimo, prejudicando assim um potencial beneficiário do BPC pela deficiência, também não faz sentido a omissão da Lei 8.213/91 quanto ao pagamento do adicional de assistência permanente a qualquer aposentado, caso seja ele uma pessoa com deficiência.

Em suma, dadas as enormes semelhanças com o caso, a mesma lógica adotada no RE 580.963 pode ser aplicada para a celeuma envolvendo o adicional de 25%, haja vista que a questão mais relevante diz respeito a omissão inconstitucional da Lei de Benefícios, a qual, mesmo à luz da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que lhe é posterior e possui *status* de emenda constitucional, manteve-se silente quanto à assistência financeira adicional a aposentados classificados como PCDs.

⁸ A Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 496, de 17.07.2009 e promulgada pelo Decreto 7.030, de 14.12.2009.

⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Ibidem*, p. 135-137.

¹⁰ Após ter sustentado por várias décadas a prevalência dos tratados sobre as normas internas infraconstitucionais (supralegalidade), o Supremo Tribunal Federal alterou o entendimento em 1977, ao julgar o Recurso Extraordinário 80.004, quando estabeleceu a tese de que os tratados têm *status* infraconstitucional.

Por esta ótica, o julgamento proferido pelo STF no RE 580.963 permite prognosticar que a Corte Maior poderá vislumbrar uma omissão inconstitucional da Lei 8.213/91 a partir da vigência do Decreto 6.949/09.

Em consequência, se um aposentado enquadrar-se na definição de PCD, conforme a Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF), e necessitar de assistência permanente de outra pessoa, não poderá ser preterido no direito de receber o adicional de 25%, embora sua aposentadoria não seja por invalidez.

3.3. O princípio da contrapartida¹¹ é uma séria objeção?

3.3.1. O conflito entre princípios constitucionais

O raciocínio desenvolvido no tópico anterior possui uma dificuldade. Em que pese a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência ter atualmente o *status* de norma constitucional, ela deve ser interpretada em harmonia com outros dispositivos da Constituição Federal.

Nesse sentido, é importante destacar que no julgamento do RE 580.963, o STF não se ateve à restrição imposta pelo art. 195, § 5º, CF (regra da contrapartida), que ao condicionar a expansão dos benefícios à criação prévia de fonte de custeio, acaba diminuindo sensivelmente o campo de atuação do Poder Judiciário na matéria.

A exigência da contrapartida, também conhecida como *princípio da preexistência do custeio* em relação aos benefícios ou serviços, é um pressuposto de responsabilidade nas contas públicas, e tem apoio de outro princípio constitucional específico para o Direito Previdenciário, que é a observância do equilíbrio financeiro e atuarial (art. 201, *caput*).

Conforme lembram Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior, a interpretação das regras previdenciárias deve obedecer aos princípios próprios da seguridade social.¹² Por isso, o caso em questão leva inevitavelmente a um impasse, já que princípios importantes como é o caso da dignidade humana (art. 1º, inciso III), da solidariedade (art. 3º, inciso I) e da isonomia (art. 5º, *caput*), não podem ser dissociados da restrição imposta pelo art. 195, § 5º.

Na hermenêutica contemporânea, influenciada pelo neoconstitucionalismo, já se reconhece que os princípios são “o oxigênio das Constituições”.¹³ Por isso, eles não apenas permeiam o processo legislativo como também acompanham as premissas do julgador e podem, eventualmente, até mesmo suprir as lacunas legislativas.

Uma consequência da ascensão dos princípios na hermenêutica jurídica é que “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto, permeável a valores jurídicos

¹¹ A doutrina diverge a respeito da natureza do disposto no art. 195, § 5º, CF, pois alguns autores a consideram uma *regra* e outros um *princípio*. Sem olvidar dessa polêmica, preferimos abordar o dispositivo como princípio e ressaltamos que, na prática, essa escolha não interfere nas conclusões do trabalho se a opção fosse diferente.

¹² ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 08.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 288.

suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central”.¹⁴ Essa abertura, todavia, pode colocar diferentes princípios em situação de conflito na medida em que são carregados de valores e interesses que muitas vezes se chocam.

Ao contrário das regras, para as quais um eventual conflito pode ser solucionado pela invalidação de uma delas ou por uma cláusula de exceção, a solução para o conflito entre princípios segue metodologia completamente diversa. Segundo Robert Alexy, se dois princípios colidem um deles tem que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um deles tem precedência em face do outro sob determinadas condições.¹⁵

A solução, portanto, será de precedência de um princípio em relação a outro de forma condicionada ao caso concreto. Trata-se de uma ponderação de interesses para a solução específica de uma controvérsia. Resta então saber quando um tem precedência sobre o outro e quais são os critérios para o justo equilíbrio entre eles.

3.3.2. Critérios objetivos para o sopesamento

Se as normas constitucionais principiológicas prestam-se a sentidos plurívocos e se é possível haver conflitos entre princípios, é imperioso que a hermenêutica estabeleça critérios seguros e estáveis para que a ponderação não conduza a equívocos e possa esclarecer satisfatoriamente as dúvidas acima.

A abertura deixada pela Carta exige o desenvolvimento de técnicas que orientem a sua aplicação de forma racional. Um dos autores que se destacam no desenvolvimento dessas técnicas é o Ministro Luis Roberto Barroso. A sistematização por ele proposta mostra-se útil porque nem todos os princípios possuem o mesmo raio de ação, nem todos têm o mesmo grau de influência e nem todos têm a mesma amplitude para radiação de seus efeitos.¹⁶

Desta forma, uma organização geral dos princípios constitucionais é fundamental para a sua aplicação ordenada e criteriosa. Segundo Barroso, a aplicação da Constituição deve atender a duas categorias de princípios. A primeira reúne os denominados por ele de “instrumentais”, que são preceitos não escritos na Constituição, mas pressupostos na sua leitura (por exemplo, a supremacia da Constituição), e a segunda reúne os chamados princípios “materiais”, que podem ser de três ordens: fundamentais, gerais e setoriais.

Entre os princípios materiais *fundamentais* encontramos a estrutura essencial do Estado com indicação da sua forma, sistema de governo, e os objetivos a serem alcançados por ele internamente e internacionalmente. Tais princípios repousam, portanto, no Título I da Constituição. Na classe dos princípios materiais *gerais* encontramos os desdobramentos

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 313.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Ibidem*, p. 376.

dos princípios fundamentais, ou seja, detalhamentos das diretrizes maiores da Constituição.¹⁷ Por sua vez, os princípios materiais *setoriais* são “aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos”.¹⁸

A partir dessa tipologia, a superação de controvérsias envolvendo conflitos entre princípios deve se dar, segundo Luis Barroso, por meio de uma argumentação racionalmente aceitável. Para isso, três requisitos são essenciais para a argumentação: (1) ela deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos; (2) deve tomar como parâmetro a possibilidade (ou não) de universalização dos critérios adotados na decisão para situações futuras que sejam semelhantes; (3) deve “percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais”.¹⁹

Na visão do Ministro Barroso, essas diretrizes permitem ao intérprete percorrer o caminho traçado pelo constituinte sem desvios. Assim, uma vez analisado o conflito pela ótica dos princípios instrumentais e materiais, de ordem fundamental e geral, a solução deve ser encontrada na ponderação dos princípios setoriais, que são supremos em seus respectivos âmbitos de atuação.

3.3.3. A solução aparentemente mais adequada para o caso

Por ser *setorial*, o princípio da contrapartida não cederia aos princípios materiais de ordem fundamental, como é o caso da dignidade humana, da solidariedade e da igualdade, não obstante sejam valores sensíveis na ordem constitucional brasileira, porquanto o art. 195, § 5º, é soberano na sua área (Título VIII, Capítulo II).

Com efeito, o Direito da Seguridade Social, e especificamente da Previdência Social, tem o art. 195, § 5º, como princípio setorial. Por essa ótica, a contrapartida seria um grave entrave para o STF manter o entendimento do STJ no REsp 1.648.305.

No entanto, há outro princípio setorial, especificamente voltado para as aposentadorias, que conduz à constitucionalidade da decisão do STJ: a igualdade material. O valor da igualdade é uma cláusula pétrea prevista genericamente no art. 5º, *caput*, da Constituição, que estabelece serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O princípio não se resume somente a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta. A igualdade consiste também em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade.

Por isso, muitas disposições constitucionais estabelecem discriminações normativas à luz de diferenças sociais, regionais, econômicas, biológicas etc. A igualdade torna-se então uma consequência do tratamento diferenciado trazido pela Carta para tratar com mais justiça situações também diferentes.

Nesse sentido, o princípio da igualdade possui uma versão específica para a concessão de aposentadorias. Trata-se do art. 201, § 1º, inciso I, que prevê:

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

¹⁸ *Idem, ibidem, loc. cit.*

¹⁹ *Idem, ibidem, p. 326.*

Art. 201. [...]

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; [...]

O dispositivo é claro ao prever a igualdade material para segurados do RGPS que tenham alguma deficiência, proporcionando-lhes assim uma desigualdade jurídica²⁰ como forma de compensar as desvantagens oferecidas pela deficiência.

Como se vê, a Constituição discrimina o tratamento jurídico na aposentadoria aos PCDs objetivando, com isso, reduzir as diferenças entre esse grupo e os demais trabalhadores. Se o aposentado é uma pessoa com deficiência, o tratamento jurídico a ele conferido pela lei não só pode como deve ser diferente em relação aos demais.

Ora, após a vigência do Decreto 6.949/09, se um aposentado necessita de assistência permanente por conta da sua deficiência, ele não pode ser preterido no recebimento do adicional de 25% apenas pelo fato de não ter se aposentado por invalidez, pois essa recusa seria a negação do princípio previsto no art. 201, § 1º, inciso I, da Constituição Federal.

Nesse sentido, a omissão da Lei 8.213/91 em conferir ao PCD o mesmo tratamento reservado ao aposentado por invalidez é inconstitucional, não por violar as disposições fundamentais que comumente são invocadas (dignidade humana, solidariedade e igualdade) na vida forense, mas simplesmente porque o art. 201, § 1º, inciso I, exige tratamento diferenciado ao aposentado com deficiência.

Portanto, neste conflito entre princípios setoriais - um voltado à seguridade social como um todo, e o outro especificamente voltado às aposentadorias - a exigência da contrapartida (art. 195, § 5º) fica mitigada pela especialidade do art. 201, § 1º, inciso I, reforçado ainda pela vigência da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que também possui natureza constitucional.

CONCLUSÃO

A matéria abordada neste artigo possui um precedente da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Trata-se do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 872.458, cuja decisão rejeitou a tese de extensão do adicional de 25% para outras aposentadorias.

Mas o julgado teve lastro não apenas na ausência de violação direta da Constituição Federal, como também pela necessidade de reexame de provas, algo proibido pelo verbete da Súmula 279 daquela Corte.

Portanto, não houve um exame do mérito propriamente dito. A questão está aberta, até porque não há até agora um pronunciamento da 1ª Turma na matéria. Por outro lado,

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 17.

o tema ganhou muito mais repercussão após a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.648.305.

Por essas razões, considerando que ainda não se tem até o momento a opinião dos demais Ministros do STF sobre o tema, é bem possível que o caso seja apreciado futuramente pelo STF se a Procuradoria Federal manejar seus recursos com a habilidade que lhe é costumeira.

E o que se pode prognosticar a respeito? À luz dos precedentes firmados em casos semelhantes, notadamente o RE 580.963 e o RE 197.807, é possível esboçar qual seria a *ratio decidendi* para a questão. Percebe-se nos julgados que a Corte Maior não encontra maiores problemas para flexibilizar critérios normativos de concessão de benefício já previsto em lei, mas demonstra resistência para lidar com a hipótese de criação de um benefício novo, opinião reafirmada inclusive (embora com outras peculiaridades) no RE 661.256, que tratou da desaposentação.

A objeção comumente invocada de violação ao princípio da contrapartida não se sustenta. De fato, o conflito mais evidente que observa entre princípios constitucionais se dá entre o art. 195, § 5º, e o art. 201, § 1º, inciso I. No embate, entretanto, este se sobrepõe àquele por ser mais específico para o regime jurídico das aposentadorias e recomendar tratamento diferenciado para as pessoas com deficiência.

Assim, pode-se concluir que se um aposentado de qualquer espécie enquadra-se no conceito de pessoa com deficiência, nos termos do art. 2º da Lei 13.146/05 e do art. 2º da LC 142/13, com respaldo na CIF, e apresenta a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, ele não pode ficar excluído do acesso ao adicional de 25%, sob pena de ofensa ao art. 201, § 1º, inciso I, CF e à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que tornam inconstitucional a omissão do art. 45 da Lei 8.213/91. Esta é a nossa visão quanto ao futuro julgamento do STF.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Direito previdenciário*. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social: Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.