



CENTRO UNIVERSITÁRIO
UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

JOSÉ REINALDO MENDES OLIVEIRA JÚNIOR

A (IM)POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ADICIONAL DE 25 % DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE A OUTROS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS: análise do posicionamento jurisprudencial.

São Luís
2021

JOSÉ REINALDO MENDES OLIVEIRA JÚNIOR

A (IM)POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ADICIONAL DE 25 % DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE A OUTROS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS: análise do posicionamento jurisprudencial.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do o Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Alexandre de Sousa Ferreira

São Luís
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Oliveira Júnior, José Reinaldo Mendes

A (im)possibilidade de extensão do adicional de 25% do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente a outros benefícios previdenciários: análise do posicionamento jurisprudencial. / José Reinaldo Mendes Oliveira Júnior. __ São Luís, 2021.

64 f.

Orientador: Prof. Alexandre de Sousa Ferreira.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2021.

1. Dignidade da pessoa humana. 2. Direitos fundamentais. 3. Isonomia. 4. Previdência social. Título.

CDU 349.3

JOSÉ REINALDO MENDES OLIVEIRA JÚNIOR

A (IM)POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ADICIONAL DE 25 % DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE A OUTROS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS: análise do posicionamento jurisprudencial.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNDB como requisito para parcial obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 07/12/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alexandre de Sousa Ferreira (Orientador)
Centro Universitário Dom Bosco

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha
Centro Universitário Dom Bosco

Pablo Zuniga Dourado
Centro Universitário Dom Bosco

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, pela vida e pelas oportunidades, principalmente em tempos difíceis, em especial a crise de saúde oriunda da Pandemia da COVID-19, onde, apesar de ser tido acometido, continuei com a saúde integralizada, podendo, assim, realizar todas as atividades acadêmicas e concluir o curso.

Aos meus pais, principalmente pelo financiamento do curso e materiais, possibilitando que eu pudesse usufruir e extrair o máximo do curso, possibilitando, assim, maior contribuição para minha vida acadêmica e profissional.

Aos meus familiares, por todo apoio e incentivo durante esses anos.

Agradeço também a todos os companheiros de curso, pelo conhecimento compartilhado que me permitiram crescer não só como pessoa, mas também como formando, em especial à Gustavo Muniz e Vinicius Melo, amigos que a universidade me proporcionou e que durante todo esse tempo de curso estiveram ao meu lado.

Agradeço ainda a todos os colegas estagiários, chefes e demais colaboradores do escritório de advocacia Boueres e Fonteles, bem como da Defensoria Pública da União, onde pude compartilhar e adquirir conhecimentos que foram essenciais para conclusão do curso.

À instituição de ensino e todos os professores e colaboradores, pois foram essenciais no meu processo de formação profissional com todas as experiências e aprendizados partilhados durante esse período.

Ao meu orientador, o Prof. Alexandre de Sousa Ferreira, por todo suporte, pelas suas correções e incentivos.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte de minha formação, muito obrigado.

“O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade.”

Jonh Locke

RESUMO

A Seguridade Social é uma forma de proteção dos cidadãos vulneráveis na sociedade, proteção essa materializada pela saúde, assistência e previdência social, o que preenche o seu caráter de fundamentalidade. Com a EC 103/2019 houveram algumas mudanças, principalmente em relação aos modelos de aposentadoria, entretanto, não alteraram a substância protetiva da previdência social. Uma dessas proteções, é a concessão do adicional de 25% àquelas pessoas que precisam de assistência permanente de terceiro em razão da impossibilidade de realizar atividades básicas diariamente. Contudo, atualmente, esse adicional somente é possível aos que recebem benefício por incapacidade permanente. Entretanto, no plano fático, todos os aposentados poderão necessitar desse mesmo adicional em razão de alguma enfermidade. Assim, a Turma Nacional de Uniformização e o Superior Tribunal de Justiça posicionaram-se no sentido de permitir a extensão desse benefício a todos aposentados, sob fundamento da isonomia e dignidade da pessoa humana. Contudo, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o Judiciário não poderá criar benefícios, negando tal extensão.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Direitos fundamentais. Isonomia. Previdência Social.

ABSTRACT

Social Security is a form of protection for vulnerable people in society, protection that is materialized by health, assistance and social security, which fulfills its fundamental character. With EC 103/2019 there were some changes, mainly in relation to retirement models, however, they did not change the protective substance of social security. One of these protections is the granting of a 25% surcharge to those people who need permanent support from a third party due to the impossibility of carrying out basic daily activities. However, currently, this additional is only possible to those who provide benefits for permanent disability. However, in the factual plan, all retirees need this same additional due to some illness. Thus, the National Uniformization Panel and the Superior Court of Justice took a stand in order to allow the extension of this benefit to all retirees, based on the isonomy and dignity of the human person. However, on the other hand, the Federal Supreme Court stated that the Judiciary will not be able to create benefits, denying such extension.

Keywords: Fundamental rights. Social Security. Dignity of human person. Isonomy.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 09 |
| 2 A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL | 11 |
| 2.1 Seguridade Social como direito fundamental | 11 |
| 2.2 Princípios relacionados à Seguridade Social | 15 |
| 2.3 Previdência Social..... | 18 |
| 2.3.1 Contexto Histórico da Previdência Social..... | 18 |
| 2.3.2 Princípios específicos à Previdência Social..... | 24 |
| 2.3.3 A atuação da Previdência Social por meio da legislação infraconstitucional..... | 25 |
| 2.3.3.1 Os segurados obrigatórios | 27 |
| 2.3.3.2 Os segurados facultativos | 29 |
| 3 PRINCIPAIS MODELOS DE APOSENTADORIA PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA | 31 |
| 3.1 Aposentadoria por Tempo de Contribuição | 32 |
| 3.2 Aposentadoria por Idade | 32 |
| 3.3 Aposentadoria Especial | 33 |
| 3.4 Benefício por Incapacidade Temporária e Permanente..... | 35 |
| 3.4.1 Adicional de 25 % do Auxílio-Acompanhante..... | 40 |
| 4 JURISPRUDÊNCIA SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO ADICIONAL DE 25% | 43 |
| 4.1 Entendimento adotado pela Turma Nacional de Uniformização..... | 44 |
| 4.2 Entendimento adotado pelo Superior Tribunal De Justiça nos autos do Recurso Repetitivo – TEMA 982 | 45 |
| 4.3 Entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal..... | 46 |
| 4.4 Críticas ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e destaque à coerência do STJ e TNU..... | 47 |
| 4.5 Críticas ao argumento econômico como óbice à direitos fundamentais e a necessidade de aplicação dos princípios constitucionais | 51 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 57 |
| 6 REFERENCIAS | 60 |

1 INTRODUÇÃO

Com as alterações legislativas e econômicas ocorridas recentemente na sociedade, o aumento da vulnerabilidade social, por via de consequência, cresceu significativamente, devendo, assim, existir maior atenção às necessidades básicas dos indivíduos relativas à subsistência e que são refutadas por princípios expressos na Constituição Federal.

Nesse sentido, um dos institutos que protege essas pessoas vulneráveis, é a Seguridade Social, no seu caráter de direito fundamental e utilizando os seus três pilares básicos, isto é, saúde, assistência e previdência social, tendo como finalidade garantir uma cobertura social e direitos àqueles que contribuem ou não, e para tanto, utilizando princípios que, sobretudo, buscar garantir o acesso, no mínimo, dos direitos básicos.

Assim, buscando a garantia desse patamar mínimo, recentemente foi objeto de análise judicial diversos pedidos do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a todos os modelos de aposentadoria. Atualmente, o beneficiário por incapacidade permanente, que necessita de assistência de quaisquer terceiros, seja do cônjuge, filha, cuidador profissional, tem o direito de acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre os seus proventos, denominado "auxílio-acompanhante".

Esse adicional se justifica em razão da dificuldade do segurado para exercer típicas atividades do cotidiano sem ajuda de um terceiro, como por exemplo, se locomover, alimentação, cuidados de higiene pessoal, entre outros. Diante dessa dependência, o acréscimo na renda serve para suprir os gastos decorrentes desse auxílio.

Contudo, o grande entrave e objeto do presente trabalho, é que o estado incapacitante não acomete somente aqueles que efetivamente recebem benefício por incapacidade permanente, por isso, houve a discussão buscando a ampliação do "auxílio-acompanhante" para atender a todos os segurados aposentados que preenchem os requisitos desse adicional.

Após as devidas tramitações, essa discussão chegou no Superior Tribunal de Justiça, que na oportunidade julgou procedente quanto à extensão do benefício à outras aposentadorias, reafirmando a existência de preservar a dignidade pessoa. Esse posicionamento também é adotado pela Turma Nacional de Uniformização.

Entretanto, recentemente, após RE interposto pelo INSS, o Supremo Tribunal Federal reformou a decisão, alegando que, dentre outros fundamentos, o Judiciário não poderá criar benefícios, inadmitindo, portanto, a extensão do adicional a outros modelos de aposentadoria.

Assim, o trabalho, como objetivo geral, analisará os aspectos jurídicos e sociais na lei, doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade de extensão do adicional supracitados, tendo em vista que as decisões proferidas pelos respectivos tribunais, em que pese se tratar da mesma matéria fática, foram baseadas em fundamentos diferentes.

De cunho social, a presente discussão é uma forma direta de garantir direitos para aqueles que necessitam e que, de fato, se encaixam nas hipóteses de necessidade oriunda do benefício ora apresentado. Cientificamente, se busca a aplicação do melhor direito, garantindo a aplicabilidade e efetividade de princípios fundamentais. Quanto à justificativa pessoal, se busca a extensão em razão de interesses profissionais em discutir a presente área jurídica principalmente por se tratar de, em regra, pessoas vulneráveis na sociedade.

Para tanto, a presente pesquisa fora realizada através do método hipotético dedutivo, oriundo da existência de uma premissa geral à específicas, buscando, assim, uma conclusão lógica. Para além, o estudo em questão se desenvolve estudos de doutrinas previdenciárias e constitucionais, bem como entendimentos dos tribunais brasileiros, artigos científicos, publicações, legislação, entre outros materiais que versam sobre a presente discussão. (CERVO; BERVIAN, 2002).

Antes de adentrar nos conceitos estabelecidos nas decisões judiciais, haverá o desenvolvimento dos objetivos específicos, onde, inicialmente, a caracterização da seguridade como direito fundamental, o que justifica seu caráter de “superioridade”. Além disso, especificamente quanto à previdência social, se busca algumas características principiológicas que regulam e direcionam sua existência e aplicabilidade.

Posteriormente, há necessidade de análise de alguns modelos de aposentadoria, destacando peculiaridades que inclusive justificam a necessidade de extensão do adicional de 25%. Ainda nesse capítulo, a conceituação e características relativas ao adicional objeto da presente discussão, assim como o tratamento legal hodierno.

Por fim, haverá abordagem das três principais decisões proferidas acerca da matéria, oriunda do entendimento da Turma Nacional de Uniformização, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, estudando especificamente os principais fundamentos adotados pelos referidos órgãos jurisdicionais.

2 A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nesse iter, serão desenvolvidos conceitos inicialmente acerca da Seguridade Social, apresentando sua ordem principiológica, bem como a sua fundamentação constitucional, que busca estabelecer a Seguridade Social como um direito fundamental.

Em seguida, há explanação dos conceitos que constituem a Previdência Social como um direito fundamental, apresentando as previsões constitucionais e adentrando no tratamento abordado por leis infraconstitucionais, que explicam, inclusive, as formas de inserção nos regimes de previdência social.

2.1 Seguridade Social como Direito Fundamental

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 1988, foi responsável por romper um regime totalitário e arbitrário e, a partir disso, instaurar um regime democrático, tendo, dentre suas características garantistas, a valorização e o status de fundamentalidade de direitos básicos relativos ao mínimo existencial dos cidadãos, ao ponto de existir cláusula que proíba qualquer diminuição na garantia desses direitos, as denominadas cláusulas pétreas. (GONÇALVES, 2015)

Segundo o conceito abordado por Carl Schmitt (2001), os direitos e garantias fundamentais são considerados anteriores e superiores ao Estado, sendo tal peculiaridade reconhecida justamente pelo próprio Estado.

Historicamente, de forma escrita e garantida por um Estado, a seguridade fora inaugurada com o *Poor Relief Act* (Lei de Assistência aos Pobres), na Inglaterra, cuja legislação fora estabelecida no início do século XVII, através do qual houve a assistência social pública em casos de enfermidade, invalidez e desemprego, mediante determinada contribuição (HORVATH JUNIOR, 2003; COELHO; ASSAD; COELHO, 2013).

Já em momento posterior, a partir da promulgação Constituição Federal de 1988 houve a inauguração do Sistema de Seguridade Social, formado pelos subsistemas Saúde, Previdência Social e Assistência Social. O caput do art. 194 da

CF/1988 expressa que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. (BRASIL, 1988).

Doutrinariamente, Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira (1978) entende que seguridade social é entendida como:

conjunto de medidas adotadas pelo Estado, por meio de organizações próprias ou subvencionadas, destinadas a prover as necessidades vitais da população do país, nos eventos básicos previsíveis e em outras eventualidades, variáveis segundo as condições nacionais, que podem verificar-se na vida de cada um, por meio de um sistema integrado de seguro social e de prestação de serviços, de cuja administração e custeio participam, direta ou indiretamente, os próprios segurados ou a população mesma, as empresas e o Estado (OLIVEIRA, 1978).

Assim, em termos gerais, a seguridade social poderá ser definida como uma proteção social utilizada pelo poder público e sociedade, visando proteger o indivíduo das contingências adversas que, de toda forma, prejudicam a saúde, impedem desenvolvimento e diminuir-lhe as possibilidades de prover sua subsistência. (SAVARIS; GONÇALVES, 2018).

Nesse sentido, vislumbra-se que esses três fundamentos, isto é, saúde, previdência social e assistência social, estão diretamente interligados e possuem, em variáveis situações, uma relação de interdependência quando da sua aplicabilidade no meio jurídico e social, o que explica o porquê são considerados os pilares da Seguridade Social. (BALERA, 1989).

Com base nessa conceituação da seguridade, se verifica que há necessidade de atuação propositiva do Estado, no sentido de, por meio da Seguridade Social, estabelecer ações que visem proteger os beneficiários dos direitos previstos na Constituição Federal, não podendo ser uma mera folha de papel, mas sim possuir força executiva. De forma sintética, se sabe que a seguridade social é uma garantia por parte do Estado, e o “Estado tem o dever de viabilizar às pessoas o acesso a mecanismos que possibilitem melhores condições de vida” (FACHIN; OLIVEIRA, 2011. p. 175-197).

Assim, a seguridade social se enquadra perfeitamente como o exercício de um direito social fundamental previsto na Constituição Federal de 88, fazendo-se importante trazer a conceituação constitucional desses direitos, conforme leciona José Afonso da Silva (2005), vejamos:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais (SILVA, 2005, p. 286).

Então, a seguridade, na sua qualidade de direito fundamental e social é fato notório e indiscutível, uma vez que há o mesmo cunho de proteção social e jurídica, cuja conclusão é no sentido de que a seguridade social compreende o rol de direitos sociais fundamentais expressos na Carta Magna de 88, gozando das mesmas características apresentadas.

Contudo, há de se destacar o que Norberto Bobbio (1986) já havia asseverado, expressando que não é suficiente prever os direitos fundamentais, mas há necessidade de criar meios suficientes para efetiva-los, sob prejuízo de ausência de aplicabilidade das normas constitucionais, senão vejamos:

(...) uma coisa é falar dos direitos humanos, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos cada vez mais convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva, acrescentando à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil".

Assim, visualizando a seguridade como um mandamento fundamental, é importante ressaltar que mesma também estará abrangida com características especiais, específicas, sendo as principais, universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, indivisibilidade, positividade, transindividualidade, complementariedade, aplicabilidade imediata e vinculatividade. (FACHIN, 2011)

Se destaca ainda, que após o próprio homem surgir como detentor de direitos fez com que existisse dimensões distintas de direitos fundamentais, a denominada geração de direitos fundamentais, sendo que estas são diretamente ligadas aos princípios da revolução francesa: igualdade, liberdade e fraternidade. (BONAVIDES, 2007, p.562)

Ainda nesse contexto de seguridade social, é importante salientar que o financiamento desse eixo social está devidamente prescrito no art. 195 da Constituição Federal, dispondo que a "seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da legislação, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". (BRASIL, 1998)

A sociedade é responsável pelo financiamento da seguridade social de forma direta ou indireta. Indiretamente, o orçamento dos entes, Estado, União, Municípios e Distrito Federal custeiam a seguridade, nos termos dos arts. 165, §5º; 195, §2º e 153 da CF/88. (BRASIL, 1998)

Indiretamente, a sociedade também participa por meio do pagamento de impostos, visto que o orçamento fiscal é composto por esses valores e se destina ao financiamento da seguridade (AMADO, 2020). Já pela forma direta, as contribuições sociais são os meios de participação dos cidadãos no financiamento da seguridade social, conforme estabelece o art. 195 da CF/88.

Além disso, quanto aos recursos disponíveis para custear a seguridade, destaca-se que se tratando de reserva do possível, jamais poderá existir qualquer óbice para inviabilizar a prestação e realização do mínimo existencial, conforme lições de Torres (2008), senão vejamos:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega de prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização dos estabelecimentos públicos.

Nessa linha, a vedação ao retrocesso social busca impedir que haja a adoção de medidas que restrinjam, extingam ou violem direitos/garantias fundamentais/sociais. Conforme leciona Felipe Derbli (2007), essa proibição de limitar ou extinguir um direito fundamental social é de responsabilidade direta do legislador, sendo posteriormente concretizada pelos poderes Judiciário e Executivo.

Portanto, se entende que a seguridade é estabelecida na Constituição Federal nesse caráter de fundamentalidade, justamente pela relevância da matéria ora abordada e sua importância nos eixos da sociedade, uma vez que versa sobre três direitos fundamentais, sendo assistência social, previdência social e saúde, formando o tripé da seguridade social. (JÚNIOR, 2018).

Ainda, como dito, a Seguridade possui uma série de princípios que são fundamentais para garantir a sua aplicabilidade nas relações sociais e que definem o caráter de Seguridade Social como um direito fundamental, nos termos elencados no art. 194 da Carta Magna de 88, conforme abordagem contínua.

Importante ressaltar que a Seguridade e a Previdência são institutos jurídicos diferentes do Direito Previdenciário; visto que àquelas são formas de proteção social e o direito previdenciário é o instrumento para concretização. (IBRAHIM, 2015, p.144).

2.2 Princípios relacionados à Seguridade Social

Tentando dar maior aplicabilidade e direção à seguridade social, há diversos princípios específicos, a exemplo, a solidariedade, a universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios, o da seletividade e distributividade, entre diversos outros que conduzem e reafirmam a necessidade da seguridade, bem como regulam sua forma de atuação. (MARTINS, 2007)

Conforme Castro (2005) e Lazzari (2005) “por universalidade de cobertura entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite”.

Quanto à universalidade de atendimento, dispõe que o objetivo da seguridade social é justamente garantir que todos aqueles que precisam do Estado, possam ter acesso a suas respectivas demandas, seja na previdência social, ou seja, se valendo do princípio contributivo, bem como no caso de saúde e de assistência social, que não necessariamente precisa de uma contribuição específica. (SANTOS, 2020).

Ou seja, a universalidade da cobertura e atendimento, significa basicamente que deverá existir o atendimento ao maior número de pessoas possíveis que necessitem de qualquer assistência social do poder público e até mesmo do poder privado.

É importante destacar que, segundo Frederico Amado (2020), essa universalidade do atendimento possui certa mitigação, justamente em razão do sistema contributivo, isto é, só terão direito a proteção social da previdência, os contribuintes e seus respectivos dependentes.

Em síntese, a vertente subjetiva deste princípio determina que a seguridade social alcance o maior número possível de pessoas que necessitem de cobertura, ao passo que a objetiva compele o legislador e o administrador a adotarem as medidas possíveis para cobrir o maior número de riscos sociais (AMADO, 2020, p.24).

Entretanto, tentando diminuir essa segregação e buscando aplicação desse princípio na sua plenitude máxima, Kertzman (2015, p. 53), explica que houve criação da figura do segurado facultativo, através do qual emerge a disponibilidade de

inserção daqueles que, mesmo não exercendo atividade com remuneração e quisessem utilizar a proteção da previdência social, assim o fizessem por meio de contribuição individual ao sistema de previdência social. É necessário ressaltar que, visando não perder a sua qualidade de segurado, há diversas pessoas que contribuem facultativamente à previdência.

Além disso, a seguridade não atua de maneira absoluta, tendo como consequência a impossibilidade de atendimento a todos os riscos sociais ante a escassez financeira do próprio Estado. (AMADO, 2020).

Nessa seara, outro princípio importantíssimo que fundamenta a seguridade social é a seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços, previsto no art.194, III da Constituição Federal. Nesse sentido, tal princípio busca dar efetividade aos recursos disponíveis, realizando a identificação das demandas mais necessitadas a partir disso aplicar os referidos recursos. (AMADO, 2020).

Por seu turno, a distributividade coloca a seguridade social como sistema realizador da justiça social, consectário do Princípio da Isonomia, sendo instrumento de desconcentração de riquezas, pois devem ser agraciados com as prestações da seguridade social especialmente os mais necessitados (AMADO, 2020, p.25).

Em outras palavras, pela seletividade haverá uma análise daqueles que mais precisam de tal benefício, estabelecendo, para tanto, alguns requisitos autorizadores. Em complemento, pelo fato da limitação de recursos do Estado, a distributividade buscará oportunizar parcela da sociedade que é detentora de maior hipossuficiência.

Há também o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, no art. 194, IV, CF/88, através do qual busca justamente impedir que o Estado possa reduzir o valor nominal do benefício de determinado beneficiário, haja vista que isso poderá acarretar prejuízos relacionados à própria subsistência dele, ante a insuficiência de valores para atendimento das suas necessidades básicas. Em resumo, não poderá existir a redução dos respectivos valores “sob pena de a proteção deixar de ser eficaz e de o beneficiário tornar a cair em estado de necessidade”. (DIAS; MACÊDO, 2008).

Além disso, em regra, visando sustentar essa proteção, não poderá o valor ser objeto de descontos ou penhora e, visando manter o valor real, o art.201, §2º, da Constituição Federal de 88, determina que o benefício seja reajustado. Complementando essa concepção, o art.41-A, da Lei n.º 8.213/91, determina que esse reajuste

acompanhará o salário mínimo, seguindo o Índice Nacional de Preços ao Consumidor/INPC. (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Importante ressaltar que esse princípio ocorre majoritariamente no âmbito da Previdência, visto que se tratando de saúde pública e assistência social, não há previsão de reajuste, logo, somente se aplica a irredutibilidade nominal. (AMADO, 2020).

Além do mais, se tem a equidade na forma de participação do custeio (CF, 194, V), ou seja, o financiamento da seguridade social será feito de forma proporcional à capacidade contributiva de todos os que estão obrigados a custeá-lo, “na medida de suas possibilidades, que são fornecidas pelos ganhos, seja do empregador ou trabalhador. Quem tem maior capacidade econômica deve contribuir com mais”. (DIAS; MACÊDO, 2008). A doutrina, especificamente por Mendonça (2016, p.41), leciona que:

“A equidade na forma de participação do custeio diz respeito à capacidade contributiva de cada um. Em outras palavras, contribuirá com mais quem ganha mais e contribuirá com menos quem ganha menos. Há casos em que sequer haverá pagamento, que é quando não se ganha nada (como no BPC-LOAS ou quando os segurados especiais não obtenham rendimento)”.

Tal princípio busca, sobretudo, reduzir a desigualdade, haja vista que também ordena ao legislador ordinário que aceite as condições sociais específicas de cada indivíduo. Em resumo, aqui haverá tratamento igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais.

O princípio da diversidade da base de financiamento permite que a receita da seguridade seja arrecadada por diferentes fontes, não ficando limitada tão somente aos obreiros, empregadores e poder público. (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Os aportes ao orçamento da seguridade social são feitos por meio de recursos orçamentários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de contribuições pagas pelo empregador, pela empresa ou entidade a ela equiparada (art. 195, I), pelo trabalhador e demais segurados da previdência social (art. 195, II, com a redação dada pela EC n. 103, de 12.11.2019), pelas contribuições incidentes sobre as receitas dos concursos de prognósticos (art. 195, III) e pelas contribuições pagas pelo importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (art. 195, IV) (SANTOS, 2020).

Ainda, segundo bem apresentado por Lazzari (2020), o art. 194, parágrafo único, inciso VI da Constituição Federal sofreu alteração a partir da EC/103 de 2019,

onde sua nova redação buscou efetivar mais transparência ao orçamento público referente as receitas e despesas da Seguridade Social, o que engloba a saúde, assistência e previdência social. A nova redação passou-se nos seguintes termos:

Diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social (art.194, parágrafo único, VI, CF).

Há também outros diversos princípios voltados à seguridade social que sustentam a atuação desse eixo nos direitos fundamentais e, sendo somados, acarretam em intensa contribuição para sociedade, na medida das necessidades de cada beneficiário.

Assim, os diversos direcionamentos a partir dessa ordem de princípios servem como base para integrar a seguridade social, sendo devidamente aplicados nas formas de concretização da seguridade, isto é, por meio da saúde, assistência e previdência.

2.3 Previdência Social

2.3.1 Contexto Histórico da Previdência Social

De forma geral, a previdência social representa uma espécie de seguro social. José Afonso da Silva (2009) leciona que:

“a previdência tende a ultrapassar a mera concepção de instituição do Estado providência, sem, no entanto, assumir características socializantes, até porque estas dependem mais do regime econômico do que do papel social” (SILVA, 2009, p.310).

Além disso, em outra importante doutrina, se tem que a previdência social é uma forma de proteção social, sendo inaugurado à época da sociedade industrial. No contexto em que a classe trabalhadora da época era desgastada por acidentes de trabalho, intensa mão de obra infantil, entre outros fatores que prejudicavam a situação social dos trabalhadores. (BONAVIDES, 2007)

Nesse sentido, a previdência possui como ponto inaugural justamente a luta por melhores condições laborativas, gerado em sistemas protetivos a partir da política interna e pública de cada país, isto é, enquanto alguns se limitavam a garantir tão somente o mínimo existencial, outros buscavam implementar até a substituição da remuneração. Esse tratamento diferenciado adotado por cada país tira a conclusão

que todos, no que pese ser de forma diferente, buscavam a previdência social “garantista”. (MORAES, 2007)

Dessa forma, houve o surgimento do modelo *bismarckiano* de previdência social, que se iniciou com o projeto enviado ao Reichstag em 17 de novembro de 1881, inaugurando uma nova concepção de Estado, no sentido de que esse deveria atuar positivamente na promoção do bem-estar, ainda que com determinadas limitações, tendo em vista que, inicialmente, os benefícios eram restritos aos trabalhadores da indústria que recebiam valores inferiores ao piso salarial (MORAES, 2007)

Após determinado lapso temporal, houve a expansão desse sistema em favor de diversos outros países, sendo, inclusive, previsto constitucionalmente no México, no ano de 1917, e posteriormente na constituição alemã de Weimar, no ano de 1919 (TAVARES,2006, p.39), o que apresentava significativa aderência ao sistema inaugurado denominando bismarckiano.

Posteriormente, inaugurou-se o novo sistema de proteção social, denominado de *Social Security Act*, no ano de 1935 nos Estados Unidos, com proteção significativamente mais ampla do que os sistemas anteriores de seguro social ora existentes, tendo como consequência justamente a ampliação de benefícios previdenciários à maior quantidade de pessoas possível ao, isto é, ampliando os benefícios e o acesso a esses. (PASTOR, 2007).

Em seguida, há o conhecido Plano Beveridge, surgido na Inglaterra de 1942, dando um parâmetro diferente para a previdência, cujo propósito era no sentido de garantir a universalização e integração das prestações dos seguros sociais, unificando, assim, as prestações a serem recebidas e pagas, buscando, como finalidade principal, o financiamento majoritário por parte do Estado. (NEVES,1996)

Com a análise desses sistemas de previdência, se observa que no sistema beveridgiano, as prestações pagas pelo sistema não se vinculam a real remuneração do contribuinte/trabalhador, ao contrário do sistema bismarckiano, através da qual a prestação é relacionada ao regime de cotas. (NEVES,1996)

Por meio do surgimento desses dois principais sistemas de previdência, houve a formação do *Welfare State*, tendo íntima relação com a previdência social. Contudo, com o crescimento do sistema, houve maior comprometimento com o equilíbrio financeiro do Estado, se iniciando a crise desse sistema de *Welfare State*. (RO-SANVALLON,1997).

Posteriormente houve a mistura dos sistemas bismarckiano e beveridgiano. Tem-se como exemplo disso a Suécia, que migrou de um sistema original beveridgiano para um modelo híbrido, adotando um seguimento secundário estatal compulsório, de repartição e relacionado às remunerações, deixando em segundo plano a limitação da garantia do mínimo existencial, ou seja, realizando mais proteção da sociedade. Assim como a Suécia, diversos outros países realizaram essa migração e mistura de sistemas previdenciários.

Então, a importância da previdência, ora anteriormente apresentada em diversos outros países, inclusive considerada por grandes nações, é justamente em razão dos “riscos acobertados por esses sistemas protetivos a causas previsíveis e imprevisíveis, gerando necessidades da sociedade e que devem ser garantidos pelo Estado, detentor do Poder Público”. (ASSIS,2005)

No Brasil, a Constituição Federal de 1891, foi a primeira a prever diretamente um benefício da previdência social, ao segurado de aposentadoria por invalidez, sendo justamente os funcionários públicos que se tornassem incapazes para exercer e prestar serviço à Nação. (BRASIL, 1891)

A Constituição Federal de 1934 determinou a tripartite forma de custeio da previdência, sendo inseridos o ente público, o trabalhador e o empregador. Em 1937, na Carta de criação do estado novo, houve o estampo da expressão “seguro social”. Em seguida, após 1946, a Constituição determinou a nomenclatura “previdência social, elencando com os riscos sociais da doença, velhice, invalidez e a morte (TAVARES, 2006, p.43)

Acerca dessa evolução dos direitos sociais, especificamente sobre a própria previdência social, Flávia Piovesan (2013, p. 95-96) faz a seguinte explanação, vejamos:

[...] que as Constituições anteriores primeiramente tratavam do Estado, para, somente então, disciplinarem os direitos. Ademais, eram petrificados temas afetos ao Estado e não a direitos, destacando-se, por exemplo, a Constituição de 1967, ao consagrar como cláusulas pétreas a Federação e a República. A nova topografia constitucional inaugurada pela Carta de 1988 reflete a mudança paradigmática da lente ex parte princeps para a lente ex parte populi. Isto é, de um Direito inspirado pela ótica do Estado radicado nos deveres dos súditos, transita-se a um Direito inspirado pela ótica da cidadania, radicado nos direitos dos cidadãos. A Constituição de 1988 assume como ponto de partida a gramática dos direitos, que condiciona o constitucionalismo por ela invocado. Assim, é sob a perspectiva dos direitos que se afirma o Estado e não sob a perspectiva do Estado que afirmam os direitos.

Atualmente, na Constituição Federal de 1988, o direito do cidadão à Previdência, está elencado no Capítulo dos Direitos Sociais, art. 6º, XXIV, da Carta Magna vigente, vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Contudo, em que pese existir essa proteção específica, se entende que em momento anterior, a previdência social já possui base constitucional, a exemplo, sua ligação com o princípio da Igualdade (art. 5º, caput CF) bem como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), através do qual legitima e fundamenta a necessidade de atuação de outros direitos fundamentais do ser humano. (SILVA, 2009)

A própria previdência social é uma forma de resguardar a dignidade da pessoa humana, visto que, estando acobertado pela qualidade de segurado, haverá proteção social contra algumas contingências sociais suscetíveis de ocorrência, a exemplo da pensão por morte, benefício por incapacidade temporária/permanente, salário maternidade, aposentadoria, dentre outros. (AMADO, 2020)

A saúde e a assistência social são direitos fundamentais dos indivíduos e que não exigem a contribuição direta dos beneficiários, sendo um dever do Estado em promover as garantir estampadas na lei. Quanto à questão relativa à previdência, se entende que há necessidade de contribuição por parte do indivíduo contribuinte, sendo condição para ampará-los de futuros infortúnios sociais e de outras situações que merecem amparo por parte do Estado.

É importante ressaltar que, no que pese existir essa diferenciação em relação ao caráter contributivo, a previdência social claramente é uma das espécies de direitos fundamentais, uma vez que está diretamente relacionado ao mínimo existencial, tendo, portanto, proteção máxima constitucional, não podendo existir nenhuma forma de restringi-la. (JUNIOR, 2018).

Assim, destaca-se o tratamento legal genérico voltado ao Regime de Previdência Social/RGPS, visto que a partir disso há possibilidade de identificar a importância e garantias de direitos desses cidadãos, especificamente ao realizar a conceituação de Seguridade Social, através do qual possui como um dos pilares justamente a Previdência Social, e por consequência, a garantia dos benefícios em espécie lastrados no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Doutrinariamente, seguindo os ensinamentos de Océlio de Jesus (2013), a Constituição Federal trata a Previdência como um direito fundamental-social, sendo, dentre outros, refletidos a partir de dois princípios basilares, quais sejam: a Responsabilidade Social do Poder Público e a o Princípio da dignidade da pessoa humana, transmitidos, respectivamente, nos artigos 85 e Art. 1, III, da Carta Magna de 88.

Sobre essa perspectiva da dignidade da pessoa humana, Aduino Tomaszewski (2006, p.6) considera que o referido conceito “carrega, de forma ínsita, a reivindicação de que todos manifestem respeito ao indivíduo”.

Essa responsabilidade social do poder público é justamente garantir os direitos que são destinados a essas pessoas. A previdência social sempre foi vista como uma espécie de pilar altamente burocrático, em que as pessoas, mesmo fazendo jus aos benefícios solicitados, não conseguem ser atendidas de forma eficiente. A responsabilidade social do Estado visa justamente regularizar esses atos, isto é, buscando que sempre quando houver busca pela própria previdência, haja uma resposta satisfatória ao cidadão dependente ou segurado. (MARTINS, 2013).

Nessa linha, surge exatamente a dignidade da pessoa humana anteriormente destacada, visto que, em regra geral, as pessoas que solicitam esses benefícios previdenciários, são pessoas necessitadas, que dependem exatamente desses valores oriundos dos benefícios para garantir o mínimo existencial.

Em que pese serem regulados por leis específicas e possuírem bases de financiamento e proteção distintos, os direitos relativos à saúde, previdência e assistencial social, todos são inter-relacionados, no sentido de que a frustração de qualquer um desses direitos influenciam uns aos outros. Além disso, no plano material, todos os benefícios em espécie, para sua total fruição e gozo de forma eficaz, possuem a necessidade de garantia do direito à saúde, da assistência social e principalmente da previdência, o que comprova a existência da relação tripartite. (MARTINS, 2003).

Objetivamente, no plano fático, a ausência de proteção legal dos dependentes e segurados da Previdência, representa significativa frustração de direitos fundamentais. Na verdade, os benefícios em espécie oriundos da previdência social, possuem relação direta com outros direitos também fundamentais. A exemplo, a não garantia de benefício por incapacidade, a partir de uma interpretação flexível, entende-se como uma negativa não apenas ao direito inerente propriamente ao auxílio por incapacidade temporária, mas também o acesso à saúde.

Ratificando a menção desses benefícios, a própria Constituição Federal garante aos segurados alguns benefícios assistenciais, conforme pode ser explicitado especificamente no artigo 201:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

I - Cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;

II - Proteção à maternidade, especialmente à gestante

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário

IV - Salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - Pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Nota-se que em cada benefício, há uma necessidade específica e imediata por parte de quem solicita ou em face dos próprios dependentes. Por exemplo, no caso de salário-maternidade, o valor substitui a renda da atividade exercida, visto a impossibilidade de continuar trabalhando durante o período de gestação e durante determinado período após o nascimento da criança.

Nesse sentido, conforme desenvolvido, a Previdência possui uma função protetiva socialmente, o que é primordial para a vida dos segurados. Contudo, há de ressaltar que sua atuação não se restringe a isso, tendo ainda um papel relevante de instrumento de desenvolvimento social e econômico.

De fato, a previdência não tem a solução para todos os riscos sociais existentes pós-modernidade, contudo, possui uma função extremamente relevante na proteção da pessoa individual, sendo responsável por retirar pessoas de ambientes que provocam prejuízos sociais, como por exemplo, a desigualdade, pobreza, miséria, ausência de desenvolvimento sustentável, entre outros estados calamitosos. (GARCÍA, 2003)

Assim, a política de proteção social não poderá ser vista como um empecilho ao crescimento econômico, mas sim como uma forma de prevenção à pobreza social, evitando que futuramente haja maior necessidade de um financiamento do Estado de forma repressiva. (AMADO, 2020)

Isto é, o custo da não proteção é maior para a sociedade, tendo em vista que haverá maior pobreza e vulnerabilidade social, resultando em perda de consumidores com o desemprego, necessidade de maiores salários e, por via de consequência, maior gasto para o Estado em longo prazo.

Portanto, o acesso dos segurados aos benefícios que os mesmos fazem jus é uma forma de ativar a economia estatal, ativando a circulação de renda e erradicando a pobreza, a miséria.

2.3.2 Princípios específicos à Previdência Social

No momento anterior, houve o destaque para diversos princípios que se relacionam diretamente à figura da Seguridade Social, sendo, portanto, aplicáveis aos subsistemas contributivos (previdência social) e não contributivos (saúde e assistência social). Contudo, há também os princípios próprio da Previdência Social, sendo aplicados aos dois regimes ora supracitados: Regime Geral de Previdência Social e, naquilo que for cabível, aos Regimes Próprios de Previdência Social. (AMADO, 2020, p.203).

No art. 201 da CF/88 há previsão expressa do princípio da Contributividade, cujo conceito é a imposição da realização dos devidos pagamentos e contribuições previdenciárias para que haja a concessão do benefício ora pleiteado, ante a necessidade de manter a sua qualidade de segurado. Importante ressaltar que quando a empresa é responsável pelas contribuições do empregado, há presunção absoluta de que esse contribui regularmente. (AMADO, 2020).

Acerca da presunção ora citada, se destaca o seguinte:

Diante desta compulsoriedade, o indivíduo que tenha exercido atividade que o enquadrava como segurado obrigatório é sempre considerado devedor das contribuições que deveria ter feito, salvo na ocorrência de decadência, transferindo-se tal responsabilidade à fonte pagadora quando a lei assim estabeleça (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Além disso, também no caput do art. 201 da CF/88, há a obrigatoriedade da filiação, isto é, como anteriormente fora mencionado, a filiação ao RGPS é obrigatória aos trabalhadores privados, o que não necessariamente acontece aos servidores públicos e militares que forem vinculados ao seu Regime Próprio de Previdência (AMADO, 2020, p.204).

Em outras palavras, no exercício de atividade remunerada, salvo as exceções legais, a obreiro não poderá escolher em se filiar ou não, visto que sucede a filiação obrigatória.

Ademais, tem-se o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, através do objetiva a preservação e manutenção das contas relativas à previdência social, buscando equilibrar as receitas e despesas que financiam os benefícios previdenciários. Acerca desse princípio, Amado (2020) destaca:

Todavia, ante a dinâmica social, não basta a existência de boas reservas presente para a garantia de uma previdência solvente no futuro, devendo ser monitoradas as novas tendências que possam afetar as contas da previdência, a exemplo da maior expectativa de vida das pessoas, a menor taxa de natalidade, o "efeito Viagra" (os aposentados se casam com pessoas cada vez mais novas e instituem pensões por morte a serem pagas por décadas), o número de acidentes de trabalho e a aplicação aos benefícios no valor de um salário mínimo índices de reajuste anual acima da inflação. Logo, uma previdência poderá estar equilibrada financeiramente no presente, mas com perspectivas de não estar no amanhã, sendo também imprescindível o seu equilíbrio atuarial, onde serão traçados cenários futuros para a manutenção ou alcance do equilíbrio financeiro, com o manejo da matemática estatística (AMADO, 2020, p.204-205).

Por fim, há a denominada indisponibilidade dos direitos dos beneficiários, que nas lições de Castro e Lazzari (2018, p.95), “em se tratando do valor do benefício devido ao segurado ou a seu dependente de direito de natureza alimentar, inadmissível se torna que o beneficiário, pelo decurso do prazo, perca o direito ao benefício”.

Nesse mesmo sentido, o art. 103 da Lei nº 8.213/91 estabelece que há o direito adquirido para aquele que possui as condições estabelecidas em lei para concessão de um benefício, inclusive se ainda não tiver efetuado o pedido na seara administrativa. Além disso, o art. 103 da Lei nº 8.213/91, estabelece a decadência na hipótese de revisão de aposentadoria, contudo, não atinge diretamente o direito ao benefício (BRASIL, Lei nº 8.213, 2019).

2.3.3 A atuação da Previdência Social por meio da legislação infraconstitucional

O Brasil possui um sistema específico de previdência, através do qual é representado por meio dos benefícios previdenciários amplamente previstos, principalmente, nas Leis 8.213/91; 8.212/91 e Decreto 3.048/1999.

Nesse sentido, adentrando especificamente, se faz importante explicitar os conceitos relacionados ao Segurados no RGPS. A lei nº 8.213/91, cuja manifestação dispõe sobre Plano de Benefícios da Previdência Social, especifica no seu artigo 1º que leciona:

Art. 1º 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 de quem dependiam economicamente.

Em regra, os beneficiários que a lei se refere são justamente os segurados, e, conforme leciona Martinez (2011, p. 348) “os segurados são pessoas indicadas na lei, compulsoriamente filiados à previdência, contribuindo diretamente para o custeio das prestações”.

O sistema previdenciário brasileiro é dotado de dois regimes básicos, de ingresso compulsório [Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos e Militares (RPPS)] e dois Regimes Complementares de Previdência (privado, aberto ou fechado, no RGPS; e público fechado, nos RPPS). (AMADO, 2020)

Atualmente, o RGPS é o mais amplo, sendo responsável pela maioria dos trabalhadores brasileiros, sendo organizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social. (AMADO, 2020)

Há também os Regimes Próprios, sendo devidamente mantidos pela União, pelos Estados e por Municípios em favor de seus servidores públicos. Nesses entes, os servidores ocupantes de cargos públicos efetivos não são vinculados ao RGPS, mas, sim, a regime próprio do referido ente.

Importante ressaltar que antes mesmo de adentrar nos benefícios em espécie, há necessidade de avaliar alguns pontos relativos à sua concessão, bem como a apresentação de requisitos que devem ser preenchidos para se tornar beneficiário da previdência

Assim, a Previdência Social é responsável pela prestação dos benefícios e serviços a seus respectivos beneficiários, sendo esses segurados ou dependentes do segurado, através do qual, doutrinariamente, por meio de Fortes e Paulsen (2005, p. 57), conceituam e realizam a seguinte distinção entre essas classes, vejamos:

Segurados são aqueles que se vinculam diretamente ao Regime Geral de Previdência Social, ou porque exercem atividade que obrigatoriamente os situa nesta posição, ou porque, voluntariamente, vertem contribuições ao sistema para que adquira esta condição. Seu vínculo com a Previdência Social é, portanto, direto. Dependentes são aqueles que se vinculam ao Regime Geral de Previdência Social de forma indireta, tendo em conta a natureza de sua relação com os segurados. Desta forma, somente são beneficiários enquanto aqueles dos quais dependem (os segurados) mantiverem hígido seu vínculo previdenciário; rompido este, também se desfaz a relação dos dependentes para com a Previdência.

Além dessa conceituação realizada pela doutrina, o artigo 16 da Lei 8.213/91 também define aqueles que são considerados os dependentes do segurado,

e justamente por essa razão, como dito anteriormente, a previdência social equipara-se a uma espécie de seguro de vida/social, haja vista que na ausência do mantenedor da família, isto é, o segurado, a lei define que os seus respectivos dependentes serão amparados financeiramente pelo sistema, como exemplo, a pensão por morte.

Assim, se observa que um dos requisitos para acesso à proteção social é justamente ser um segurado do RGPS, o que, portanto, faz-se necessário que haja melhor explanação acerca dessa condicionante exigível pela lei.

Nessa seara, o segurado é obrigado a realizar as contribuições estabelecidas nos arts. 20 e 21 da Lei 8.212/91, a depender do seu enquadramento como empregado, doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual ou facultativo (SANTOS, 2019, p. 90)

Ainda, se observa que o fato gerador da contribuição é aquela atividade remunerada, sendo essa a base de cálculo, em regra, a remuneração total do segurado. (IBRAHIM. 2013). Complementando, Castro e Lazzari (2020), entendem que o salário de contribuição “é o valor que serve de base de cálculo para a incidência das alíquotas das contribuições previdenciárias dos segurados, à exceção do segurado especial”.

2.3.3.1 Os segurados obrigatórios

Os segurados obrigatórios são as pessoas físicas que exercem atividades laborativas remuneradas e lícitas, isto é, uma profissão, com ou sem vínculo empregatício, sendo, portanto, vinculadas à contribuição para o RGPS, de forma compulsória. (ROCHA. 2018)

Nessa seara, é válido apontar que o rol dos segurados obrigatórios também se encontra no artigo 12 da Lei 8212/91, sendo, de forma objetiva, os empregados, empregados domésticos, os contribuintes individuais, o trabalhador avulso e os segurados especiais.

É meritório destacar que com o advento da Lei n. 9.876/1999, foram revogados os incisos III e IV do art. 12 da lei supracitada, gerando a exclusão da classe de segurados empresários e a trabalhadores autônomos ou equiparados, e por consequência, incidindo o surgimento daqueles considerados os contribuintes individuais.

Inicialmente, o art. 11, I, da Lei nº 8.213/91, dispõe que segurado empregado é “aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter

não eventual, sob a subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor de empregado” (BRASIL, Lei nº 8.213/91, 2019).

Por empregado doméstico, seguindo o que dispõe o art. 1º da LC 150/2015, entende-se que é aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana.

Ainda, nos termos do art. 216, VIII, do Decreto nº 3.048/99, é dever e responsabilidade do empregador doméstico a arrecadação e, portanto, o recolhimento das devidas contribuições em face do segurado empregado doméstico (BRASIL, Decreto nº 3.048, 2019). Em razão disso, caso haja comprovação de que o empregado doméstico auferia valor superior ao que fora registrado por seu patrão, tal valor superior que deverá ser validado para fins de base de cálculo, evitando prejuízos ao empregado doméstico (CASTRO; LAZZARI, 2020)

Além disso, dentro dos segurados obrigatórios, também há a categoria dos contribuintes individuais, se encaixando nesse modelo de segurado aqueles elencados no art. 12, V, da Lei 8.212/91 e no art. 9º, V, do Decreto 3.048/91.

Insta frisar que, na hipótese de recebimento de valores inferiores ao salário mínimo vigente da época, o segurado deverá realizar a devida complementação, suprindo esse déficit e, tais contribuições deverão ser recolhidas até o dia 15 do mês seguinte ao relativo ao pagamento. (IBRAHIM, 2016, p. 233)

Nesse sentido, também é relevante sublinhar a definição dos denominados trabalhadores avulsos, que, nos termos do Decreto nº 3.048/99, especificamente em seu artigo 9º, inciso VI, define a categoria sendo aquela que realizar serviços de natureza urbana ou rural a diversas empresas, entretanto, sem criar vínculo empregatício e estando ou não sindicalizado, porém com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra ou do sindicato da sua categoria. (ROCHA, 2018)

E por fim, a última categoria de segurados obrigatórios, o segurado especial, ou seja, sendo aqueles trabalhadores da atividade rural que podem ser proprietários, arrendatários, meeiros, parceiros ou pescador artesanal, que exploram tal atividade no regime de economia familiar ou individual, sem ou com o auxílio de terceiros, se entendendo por grupo familiar, o cônjuge ou companheiro, os filhos maiores de dezesseis anos ou a eles equiparados (art. 9º, VII, c, Decreto nº 3.048/99).

Então, essas são as hipóteses e alguns conceitos relativos à cada modalidade de segurado obrigatório e, ato contínuo, há abordagem acerca dos denominados segurados facultativos.

2.3.3.2 Os segurados facultativos

Assim, além dos segurados obrigatórios, também há na legislação brasileira a figura do segurado facultativo, e no que pese existir outras legislações conceituadas que foram supracitadas, nos termos do art. 14, da Lei 8.212/91 é considerado segurado facultativo “o maior de 14 (quatorze) anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 21, desde que não incluído nas disposições do art. 12” (BRASIL, Lei 8.212/91)

Em outras palavras, o segurado facultativo é aquele que não exerce profissão que o vincule como segurado obrigatório, mas contribui por vontade própria para o RGPS, buscando estar acobertado pelo seguro social e, portanto, gozando dos diversos benefícios apresentados (ROCHA, 2018, p. 99).

Na verdade, segundo Kertzman (2013, p. 131), essa modalidade do segurado na qualidade de facultativo tem como intenção justamente garantir aplicabilidade do princípio constitucional da universalidade na cobertura e no atendimento, uma vez que busca englobar todas as pessoas no sistema de proteção previdenciária e por esse motivo deve oportunizar o acesso de todos.

Além disso, é necessário destacar que os segurados facultativos não podem realizar qualquer atividade remunerada, visto que isso desvirtuaria a principal característica da qualidade de facultativo e, caso exerça, haverá vinculação direta ao sistema dos segurados obrigatórios, que foram conceituados anteriormente. (KERTZMAN.2013)

O tratamento legislativo da figura do segurado facultativo, além do conceito supracitado na legislação nº 8.212/91 também é estabelecido no §1º do art. 11 do Decreto nº 3.048/99, através do qual dispõe alguns exemplos de segurados facultativos:

Art. 11. É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social.

§ 1º Podem filiar-se facultativamente, entre outros:

I - aquele que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência; (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020).

II - o síndico de condomínio, quando não remunerado;

- III - o estudante;
- IV - o brasileiro que acompanha cônjuge que presta serviço no exterior;
- V - aquele que deixou de ser segurado obrigatório da previdência social;
- VI - o membro de conselho tutelar de que trata o art. 132 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, quando não esteja vinculado a qualquer regime de previdência social;
- VII - o estagiário que preste serviços a empresa nos termos do disposto na Lei nº 11.788, de 2008; (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020).
- VIII - o bolsista que se dedique em tempo integral a pesquisa, curso de especialização, pós-graduação, mestrado ou doutorado, no Brasil ou no exterior, desde que não esteja vinculado a qualquer regime de previdência social;
- IX - o presidiário que não exerce atividade remunerada nem esteja vinculado a qualquer regime de previdência social; (Redação dada pelo Decreto nº 7.054, de 2009)
- X - o brasileiro residente ou domiciliado no exterior; (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020).
- XI - o segurado recolhido à prisão sob regime fechado ou semi-aberto, que, nesta condição, preste serviço, dentro ou fora da unidade penal, a uma ou mais empresas, com ou sem intermediação da organização carcerária ou entidade afim, ou que exerce atividade artesanal por conta própria. (Incluído pelo Decreto nº 7.054, de 2009)
- XII - o atleta beneficiário da Bolsa-Atleta não filiado a regime próprio de previdência social ou não enquadrado em uma das hipóteses previstas no art. 9º. (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

É fundamental enfatizar que, em que pese o segurado facultativo realize sua devida contribuição por vontade própria, a partir da sua filiação ao RGPS, eles são obrigados a efetuar os recolhimentos conforme termos de previsão legal, que, inclusive, se assemelha ao sistema legal adotado por aqueles que se encaixam na qualidade de contribuinte individual. (IBRAHIM, 2016, p. 225)

A lei nº 12.470/2011 possibilita que o contribuinte facultativo ou individual possa contribuir tão somente 5% (cinco por cento) sob o salário mínimos, caso seja microempreendedor individual e do segurado facultativo que não obtenha renda própria, como por exemplo as “donas de casa”, sob a condição de que a família seja de baixa renda.

Entretanto, quando houver a contribuição apenas de 5% ou 11% e haja interesse na obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição, precisará observar o disposto no art. 21, §3º, da Lei nº 12.470 e “complementar a contribuição por meio de recolhimento sobre o valor correspondente ao limite mínimo mensal do salário de contribuição em vigor [...], da diferença entre o percentual pago e o de 20% (vinte por cento), acrescido dos juros moratórios” (BRASIL, Lei nº 12.470, 2019).

Portanto, passa análise de toda estrutura da seguridade social e também da previdência, se faz necessário adentrar especificamente em alguns benefícios previdenciários, conforme pode ser visto no próximo capítulo.

3 PRINCIPAIS MODELOS DE APOSENTADORIA PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A aposentadoria é a prestação por excelência do RPPS, sustentando, em regra, permanentemente os rendimentos do segurado, assegurando sua subsistência durante todo o período posterior a seu direito adquirido do benefício. (CASTRO; LAZZARI, 2020)

A Constituição Federal de 88 ratifica a necessidade e pormenoriza as espécies de aposentadorias, tendo sua redação devidamente atualizada após as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019, senão vejamos:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - Cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;

(...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 8º O requisito de idade a que se refere o inciso I do § 7º será reduzido em 5 (cinco) anos, para o professor que comprove tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar

Com as inovações trazidas pela EC 103/2019, diversos requisitos, formas de cálculos, modelos de aposentadoria, sofreram alterações significativas, conforme abordado ao longo da exposição.

Dentre essas alterações, se destaca a impossibilidade, como regra geral, da cumulação entre benefícios de aposentadoria, nos termos apresentados pelo art. 40, §6.º, da referida emenda.

No âmbito da legislação infraconstitucional, o art. 18 da Lei 8.213/91 prevê diversas hipóteses de aposentadorias financiadas pelo RPPS, entre essas, benefício por incapacidade permanente; aposentadoria por idade; aposentadoria especial e aposentadoria por tempo de contribuição.

3.1 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Até a reforma da Previdência (EC 103/2019), nessa modalidade de aposentadoria, o requisito necessário era tão somente o tempo de contribuição, isto é, 35 (trinta e cinco) anos de contribuição para os homens e 30 (trinta) anos para as mulheres, sem necessidade de atingir qualquer idade mínima. A lei, por meio do art. 201 da CF/88, versava sobre essa modalidade no seguinte sentido:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - Trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

(Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Contudo, existindo a filiação antes da reforma, há possibilidade de encaixe em algumas regras de transição, sendo, portanto, umas das formas de aposentação por essa modalidade. Nesse sentido, havendo o cumprimento dos requisitos supracitados antes da vigência da reforma, insurgirá o direito adquirido e assim permitindo a utilização dessa aposentadoria.

Atualmente, com a vigência da Emenda Constitucional n. 103/2019, nessa modalidade de aposentadoria há necessidade de atingir uma idade mínima do contribuinte para que pudesse gozar dos benefícios, conforme o art. 201, §7º, inciso I da referida emenda, sendo estabelecido o mínimo de 65 (sessenta e cinco) anos para os homens e de 62 (sessenta e dois) para as mulheres. (AMADO, 2020)

Importante ressaltar que tal medida teria sido adotada em razão do déficit do sistema previdenciário, uma vez que a média de idade das pessoas que estavam se aposentando por tempo de contribuição era 54 (cinquenta e quatro) anos, sendo essa decisão uma forma de solucionar/diminuir esse déficit. (CASTRO, 2020)

Assim, com essa alteração, em regra, a aposentadoria por idade se tornará a mais utilizada pelos segurados, cujos conceitos e requisitos são apreciados no seguinte sentido.

3.2 APOSENTADORIA POR IDADE

Como dito, antes da última reforma da previdência social, os requisitos necessários para a aposentadoria por idade eram, para homens 65 (sessenta e cinco)

anos de idade e as mulheres 60 (sessenta) anos de idade, sendo para ambos necessários o cumprimento de 180 meses de carência, nos termos anteriormente estabelecidos no art. 25, II e 48, caput, da Lei 8.213/91.

Destarte, àqueles trabalhadores urbanos que filiados antes da vigência da referida emenda constitucional, terão direito ao benefício de aposentadoria por idade caso tenham preenchido os requisitos citados até 13/11/2019, em razão do direito adquirido e, aos que não cumpriram os requisitos até a tal data, irão ser aplicadas as regras de transição.

Importante ressaltar que as mulheres sofrem essa “discriminação positiva”, se exigindo menos idade para cumprimento do requisito etário, tal fato se dá em razão de existir menos opções e oportunidades no mercado de trabalho; a questão da maternidade, dentre outros. (AMADO.2020)

Acerca dos trabalhadores rurais de ambos os sexos, houve manutenção da idade anterior à reforma, isto é, homens 60 (sessenta) anos e mulheres 55 (cinquenta e cinco) anos, com 180 contribuições mensais (cumprimento da carência ocorre por meio de exercício da atividade), devendo os mesmos serem enquadrados como segurados especiais e essa atividade ser comprovada através do início de prova material (documentos) produzidos contemporaneamente ao período probando, mesmo que de maneira descontínua. (AMADO, 2020)

Com a vigência da Emenda Constitucional nº 103/2019, a aposentadoria por idade se limitou tão somente aos trabalhadores rurais e aos que exercem suas devidas atividades laborativas em regime de economia familiar e, por tal fato, não necessitam das regras de transição (SANTOS, 2021)

3.3 APOSENTADORIA ESPECIAL

No que lhe toca, a aposentadoria especial é o benefício que será concedido ao labutador que exerceu suas atividades laborativas com exposição à agentes danosos e em razão disso há incidentes prejuízos à sua saúde ou integridade física, assim, conseqüentemente, o Estado visa ressarcir financeiramente o trabalhador que exerceu labor em condições insalubres, perigosas, dentre outros ambientes inadequados. (JÚNIOR, 2011)

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a aposentadoria especial tem um caráter preventivo, vejamos:

A aposentadoria especial possui nítido caráter preventivo e impõe-se para aqueles trabalhadores que laboram expostos a agentes prejudiciais à saúde e a fortiori possuem um desgaste naturalmente maior, por que não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo (Repercussão Geral Tema 555, ARE 664.335/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 12.02.2015).

Regulamentando esse modelo de aposentadoria, o Decreto nº 3.048/99 realiza uma diferença dos níveis de exposição a partir das atividades laborais que serão desenvolvidas, visto que poderá haver a concessão desse benefício com 15, 20 ou 25 anos de trabalho, como acertadamente explica Victor Hugo Nazário Stuchi (2020), vejamos:

A aposentadoria especial, uma vez cumprida a carência exigida, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. A concessão da aposentadoria especial dependerá da comprovação, durante o período mínimo acima mencionado do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente e da exposição do segurado aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou a associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Importante destacar que com a Emenda Constitucional nº 103/2019, houveram alterações significativas quanto aos requisitos da aposentadoria especial, sendo possível a previsão em lei complementar da idade e tempo de contribuição diferente da regra geral àqueles segurados que exercem atividades nos ambientes insalubres e perigosos, nos termos do art. 201, § 1, II, da Constituição Federal de 88.

Nessa toada, a Lei nº 9.032/95 regulamenta a necessidade de comprovação por parte do trabalhador da real e efetiva exposição aos agentes nocivos, devendo essa se dar de maneira habitual e permanente, ou seja, não apenas casual e, para isso, cabe ao INSS analisar o caso concreto, devendo inspecionar o local de trabalho e as condições que possam atestar a veracidade das informações.

Ainda, os agentes nocivos devem ser comprovados pelo INSS por meio do Perfil Profissiográfico Previdenciário, também conhecido como PPP, os quais são emitidos pela empresa e analisam as condições do trabalho por meio de Laudo Pericial Técnico. (JÚNIOR, 2011)

Além disso, conforme retromencionado, a aposentadoria especial será concedida para o trabalhador que comprovar a presença de agentes nocivos, de maneira

permanente, em suas atividades laborais, contudo, se entende que tal norma é passível de questionamento, tendo em vista que a lei que rege os benefícios, não pauta nenhuma restrição e, nos termos da Sumula nº 62 TNU irá obter o reconhecimento de atividade especial desde que comprove que era exposto a agentes nocivos, onde versa que “ o segurado contribuinte individual pode obter reconhecimento de atividade especial para fins previdenciários, desde que consiga comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física.”

De mais a mais, para todo segurado com o benefício da aposentadoria especial, insurge a possibilidade da conversão do tempo especial para tempo comum, desde que haja o cumprimento do tempo necessário para concessão da aposentadoria especial, conforme as leis que regulamentam tal benefício. Nesse sentido, há dois dispositivos legais que amparam tal instituto, sendo o art. 57, § 5º da Lei 8.213/91 e o segundo o art. 28 da Lei nº 9.711/98 que autorizam essa conversão, veja-se:

Lei 8.213/91

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

Lei nº 9.711/98:

Art. 28. O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis nºs 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.

Portanto, conforme essa dicção legal, se observa que o tempo de trabalho exercido sob condições especiais, isto é, que sejam prejudiciais à saúde ou a integridade física do labutador, irão ser somados, após sua respectiva conversão, ao tempo de trabalho comum, não importando qual seja o período de trabalho. (SANTOS.2021)

3.4 BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA E PERMANENTE

Com o advento EC nº. 103/2019, especificamente no que se refere aos benefícios por incapacidade laborativa, o inciso I, do art.201, da Constituição Federal de 1988, passou a denominar de “cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho”.

Tal alteração é relevante, visto que antes da vigência da Emenda, o texto previa cobertura com a denominação de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Desse modo, a exclusão do termo “doença” significa que deve prevalecer a incapacidade, ou seja, há doenças que ainda assim o beneficiário continuará capacitado para o labor. Com essa nova redação estabelecida pelo Decreto nº. 10.410 de 2020, o Decreto n.º 3.048/99 foi alterado e alterou a expressão “auxílio-doença” por “auxílio por incapacidade temporária”, previsto no art.71 do Regulamento da Previdência Social (RPS). (AMADO, 2020)

Especificamente acerca do benefício por incapacidade temporária, antigo auxílio-doença, Fábio Zambitte Ibrahim (2015, p.640), conceitua como um benefício não programado, ou seja, é imprevisível, que resulta do estado incapacitante temporariamente do segurado para exercício seu trabalho habitual. Além disso, o referido benefício é regulamentado pela Lei n.º 8.213/91, especificamente nos arts. 59 ao 63, e no Decreto n.º 3.048/99, previsto nos arts. 71 ao 80. O art.59, caput, da referida lei, dispõe que auxílio-doença será devido ao segurado que se encontrar incapacitado para o seu trabalho ou para sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Destarte, a cobertura e proteção social tem como fato gerador o surgimento de incapacidade laborativa ou para a atividade habitual daquele segurado, oriunda de doença ou acidente, por exemplo. Além disso, o benefício também pode ser concedido, por prescrição médica diante de uma situação fática que haja necessidade de afastamento temporário do labor, como por exemplo, a gravidez de risco. (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Necessário entender que não é suficiente o acometimento por uma doença, mas, como já dito anteriormente, há necessidade da presença do estado incapacitante. Nesse caso, o benefício é de natureza temporária, ou seja, em regra, a perícia médica definirá se há possibilidade de recuperação ou reabilitação do segurado, possibilitando retorno ao exercício de sua atividade, sendo, portanto, a principal diferença para o benefício por incapacidade permanente, visto que essa resulta na sua aposentadoria. (IBRAHIM, 2015, p.641).

Esse benefício poderá ser comum e acidentário, sendo àquele decorrente de todas as situações fáticas, exceto oriundo de acidente de trabalho, doença de trabalho ou profissionais, os quais são considerados acidentários. Imperioso frisar que, para que haja a subvenção do auxílio por incapacidade temporária acidentário, não há necessidade do cumprimento do período de carência, o que não ocorre, em regra, com o auxílio por incapacidade temporária comum. (IBRAHIM, 2015)

Para mais, ainda se destaca que o benefício por incapacidade oriundo do acidente profissional tem o fito de garantir a continuidade do contrato de trabalho do segurado após sua cessação, a denominada estabilidade provisória, cujo prazo mínimo é 2 (dois) meses. Outra diferenciação é fato de o auxílio acidentário ser devido somente aos empregados, trabalhadores avulsos e aos segurados especiais, visto que estes são abarcados pelo seguro de acidentes do trabalho (SAT) e, em razão disso, os contribuintes individuais, empregados domésticos e segurados facultativos só receberão o auxílio-doença comum (IBRAHIM, 2015, p.650).

Dessa maneira, em regra, após sucessivos recebimentos do benefício por incapacidade temporária, surge a sua recuperação ou transformação em uma incapacidade permanente. Entretanto, importante destacar que, conforme bem apresentado por Amado (2020), o recebimento de benefício por incapacidade temporário não é condição para acesso ao permanente, assim vejamos:

A anterior percepção de auxílio--doença não é condição para a concessão da aposentadoria por incapacidade permanente, pois poderá este benefício ser concedido diretamente, quando o INSS constatar que a enfermidade ou o acidente é tão grave que já tornou o segurado inválido, sem possibilidade de reabilitação profissional.

Por esse ângulo, no âmbito da legislação infraconstitucional, o art. 42 da Lei nº 8.213/1991, versa acerca da aposentadoria gerada pela incapacidade permanente, antigamente denominada aposentadoria por invalidez. Segundo Lazzari (2020), essa “é a primeira espécie de aposentadoria de que trata a reforma e é aquela não voluntária, cuja causa é a incapacidade permanente para o trabalho, antes chamada aposentadoria por invalidez”.

Destarte, esse tipo de aposentadoria será deferido tão somente em casos de agravo físico ou psíquico que impossibilite que o trabalhador exerça sua atividade laborativa diária de maneira definitiva, sendo, para tanto, imprescindível a realização de exame médico pericial, onde, no mesmo ato, também será informado a impossibilidade de reabilitação para exercício da sua atividade laborativa. (SANTOS. 2021)

Por conseguinte, de forma objetiva, o próprio Amado (2020) define que:

Em regra, para a concessão deste benefício, será imprescindível que o segurado esteja incapacitado de maneira total e permanente para o exercício do trabalho, bem como não haja possibilidade plausível de ser reabilitado para outra atividade laborativa, compatível com as suas restrições físicas ou psíquicas decorrentes do acidente ou enfermidade.

Ademais, a incapacidade laboral não poderá ser preexistente ao reingresso do segurado no RGPS, nos termos da Súmula 53 da TNU. Contudo, caso já exista a lesão, mas o segurado somente em momento posterior ficou incapaz para sua atividade laboral em decorrência da evolução daquela lesão, poderá o segurado perceber a aposentadoria por incapacidade permanente, uma vez preenchida a carência de 12 contribuições, exceto nas hipóteses em que esta é dispensada. (AMADO, 2020)

Assim sendo, no plano fático, quanto à reabilitação do segurado, se entende a complexidade no plano fático, uma vez que, para tanto, diversas características devem ser consideradas, a exemplo, a idade, condições sociais, escolaridade, entre outros. Nessa toada, a própria Súmula 47, aprovada pela TNU em 2012, "uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez".

A própria Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "é possível a verificação do contexto socioeconômico do segurado coma finalidade de obtenção da aposentadoria por invalidez sem ofensa à norma do art. 42 da Lei de Benefícios" (AgRg no Ag 1270388, de 24/04/2010)

Por lógica, havendo a definição da capacidade laboral atestada na perícia, não há que se falar em análise de condições socioeconômicas, tendo em vista que a Súmula 77 da TNU dispõe que o "jugador não é obrigado a analisar as condições pessoais e sociais quando não reconhecer a incapacidade do requerente para a sua atividade habitual."

Todavia, importante destacar que há certa relativização desse entendimento por parte da TNU, visto que há doenças que apesar de não gerar incapacidade laboral clínica, há determinada discriminação do mercado laborativo, sendo necessária análise justamente das condições sociais. Um exemplo dessa situação é a súmula 78 da TNU, que estabelece o seguinte:

Súmula 78 - Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e

culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença.

Além disto, quanto à carência exigida para o benefício, o art. 25, I, da Lei 8.213/91 afirma que há necessidade de, pelo menos, 12 (doze) contribuições mensais para aquisição da aposentadoria por incapacidade permanente, contudo, sendo essa incapacidade oriunda de doença ligada à atividade ou decorrente de acidente de trabalho, o período de carência será dispensado. Nessa linha, o art. 151, da Lei 8.213/91 dispõe sobre doenças que independem de carência para aquisição do benefício, vejamos:

Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionada no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, esclerose múltipla, hepatopatia grave, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (aids) ou contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada. (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

Em regra, há necessidade de preenchimento da carência para acesso ao benefício, todavia, há na legislação uma lista de doenças que não exigem a carência para concessão tanto do benefício por incapacidade temporária quanto em relação ao permanente.

Além disso, com a Lei 13.063/ 2014, que modificou o artigo 101 da Lei 8.213/91, o beneficiário por incapacidade permanente estará isento do exame pericial a cargo do INSS após completar 60 anos de idade, salvo nas seguintes hipóteses:

- I - verificar a necessidade de assistência permanente de outra pessoa para a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, conforme dispõe o art. 45 da Lei 8.213/91;
- II - verificar a recuperação da capacidade de trabalho, mediante solicitação do aposentado que se julgar apto;
- III - subsidiar autoridade judiciária na concessão de curatela

Além do que, a Lei 13.457/2017 também enquadrou em situação de isenção de perícia médica quando o beneficiário por incapacidade permanente completar 55 (cinquenta e cinco) anos ou mais de idade e quando decorridos 15 (quinze anos) da data da concessão do benefício que precedeu. (AMADO, 2020)

Nesse mesmo sentido, a Lei 13.847/2019 também isentou de perícia médica revisional o aposentado por incapacidade permanente com HIV/aids, desde que não haja o retorno ao labor remunerado, independentemente da sua idade.

Deste modo, se verifica que o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, em regra, não é definitivo, salvo para os maiores de 60 anos de idade e demais isentos de perícia e desde que não voltem a exercer atividade remunerada, devendo cessar quando houver retorno a capacidade laborativa, o que é diferente do retorno à atividade. (AMADO.2020)

Por fim, no ato da perícia médica será analisada a necessidade do pericando de ser assistido por um terceiro, cuja função seria auxiliar àquele nas suas necessidades básicas e, para tanto, haveria necessidade de um adicional de 25% no valor da aposentadoria, o denomino auxílio-acompanhante, objeto da discussão.

3.4.1 ADICIONAL DE 25 % DO AUXÍLIO-ACOMPANHANTE

Deste modo, na Lei 8.213/91, especificamente no art. 45, se encontra a previsão legal do auxílio acompanhante, referente ao adicional de 25%, dispondo que “o valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento)”.

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Tema Repetitivo 982 conceituou acertadamente esse adicional de 25%, bem como o seu objetivo senão vejamos:

O “auxílio-acompanhante” consiste no pagamento do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício ao segurado aposentado por invalidez, que necessite de assistência permanente de terceiro para a realização de suas atividades e cuidados habituais, no intuito de diminuir o risco social consubstanciado no indispensável amparo ao segurado, podendo, inclusive, sobrepujar o teto de pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Sobre o tema, o enunciado 201FONAJEF aprovado em 2018, também dispôs que “Na hipótese de aposentadoria por invalidez, é possível a concessão de ofício do adicional de 25%, no caso de necessidade de assistência permanente de terceiro.”

Dessa maneira, atualmente, o adicional é um valor incidente nos benefícios de aposentadoria por incapacidade permanente a pessoas que precisam de um terceiro para realização de suas atividades habituais, diárias que sua incapacidade impossibilita de realizar.

O art. 45 da Lei 8.213/91, não estabelece as hipóteses taxativas que o aposentado por incapacidade permanente fará jus ao acréscimo de 25%. Por sua vez, o Decreto nº 3.048/1999 prevê, em seu anexo I, a relação de doenças que dão direito a esse acréscimo de 25% para o aposentado, contudo, entende-se que o referido rol é

exemplificativo, uma vez que não poderá a lei prever todas as hipóteses que ensejem a necessidade de assistência permanente de outra pessoa. (AMADO, 2020)

Necessário destacar que o auxílio-acompanhante poderá ser revogado mesmo após o aposentado por incapacidade permanente atingir os 60/55 anos de idade com 15 anos de percepção do benefício, por força do artigo 103, §2º, inciso I, da Lei 8.213/91, alterada pela Lei 13.063/2014

Além do mais, conforme destacada na própria decisão referenciada, esse auxílio busca diminuir os riscos sociais dessa pessoa acometida com a referida doença, visto que retira situação de periculosidade dessa pessoa em realizar atividades básicas diárias que sua condição incapacitante não permita.

É importante ressaltar que essa previsão possui diversas bases principiológicas que estão previstas na Constituição Federal, a exemplo, dignidade da pessoa humana, bem como Convenções Internacionais, tendo como exemplo, ainda, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, de 2007, admitida com status de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República, na qual o Brasil é signatário e, no bojo do seu texto, especificamente no seu art. 1º, a mesma propõe:

(...) promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente", garantindo, ainda, em seus arts. 5º e 28, tratamento isonômico e proteção da pessoa com deficiência, inclusive na seara previdenciária

Então, conforme dito, o adicional de 25% à aposentadoria por invalidez possui um caráter assistencialista, tendo como fato gerador a necessidade de assistência àquela pessoa, ou seja, podendo desde o início já necessitar ou durante o recebimento do benefício, uma vez que poderá existir um agravamento no estado incapacitando após a concessão do benefício.

Contudo, há determinada discussão de que a necessidade de assistência, de forma permanente, para realização de atividades hodiernas, não é um fato que ocorre tão somente nas hipóteses de um benefício por incapacidade permanente, conforme dita a legislação, mas também em diversas outras aposentadorias ou até mesmo no benefício por incapacidade temporária.

Na hipótese de aposentadoria especial, a atividade exercida em regimes insalubres ou de periculosidade pode ocasionar danos à enfermidade e saúde do segurado ao ponto de necessitar de terceiro para assistência permanente à realização das atividades básicas, então, por que não admitir sua extensão?

Ainda, nos casos de aposentadoria na qualidade de segurado especial, cujo segurados trabalham na pesca, lavouras, isto é, se expondo diretamente em áreas que afetam a saúde e, em regra, recebem tão somente um salário-mínimo, se entende que há chances reais de necessitar de um terceiro assistente, não podendo arcar com tais custos, até porque o valor do benefício já é somente um salário-mínimo.

Em outras palavras, veja-se que no caso em concreto também é nítida a possibilidade de que segurados de outros benefícios possam necessitar de um terceiro para assistência, que não seja necessariamente uma aposentadoria por invalidez.

Nessa perspectiva, houvera a judicialização de demandas pleiteando o acréscimo de 25% ao valor do benefício de outras aposentadorias diversas ao benefício por incapacidade permanente. Na ocasião, nos autos do Tema 982, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou favorável aos segurados, no sentido de ser devido o acréscimo de 25%, independentemente da modalidade de aposentadoria, desde que comprovada a invalidez e a necessidade de assistência por terceiro.

Contudo, após Recurso Extraordinário interposto pelo INSS, o Supremo Tribunal Federal julgou pela impossibilidade de extensão do adicional de 25% (auxílio acompanhante) às demais espécies de aposentadoria.

No próximo capítulo serão abordadas as referidas decisões de forma detalhada, bem como o entendimento adotado pela Turma Nacional de Uniformização acerca dessa possibilidade de extensão do adicional de 25%.

4 JURISPRUDÊNCIA SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO ADICIONAL DE 25%

Com diversos processos pleiteando a concessão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) referente ao auxílio-acompanhante a outras espécies de aposentadoria que, como dito anteriormente, tem o objetivo de possibilitar o pagamento de um terceiro para atendimento das necessidades básicas que não estão ao alcance do beneficiário, houve necessidade de ampla discussão jurisprudencial, chegando, inicialmente, na Turma Nacional de Uniformização.

4.1 Entendimento adotado pela Turma Nacional de Uniformização

O posicionamento da Turma Nacional de Uniformização se deu a partir do incidente de uniformização (PEDILEF nº 500890920144047133), que buscava a reforma de Acórdão oriundo de Turma Recursal dos Juizados Especiais /RS que, mantendo a sentença, negou o pleito, inadmitindo a extensão de 25% (vinte e cinco por cento) adicional para o benefício de aposentadoria por idade.

Na oportunidade, a TNU definiu que, em que pese existir a definição expressa para os beneficiários da aposentadoria por incapacidade permanente, deveria ocorrer a aplicação da isonomia, realizando, para tanto, uma visão ampliativa da norma, ou seja, admitindo a necessidade de uma interpretação ampliativa.

Nessa seara, o art. 5, da Constituição Federal de 88, conceitua isonomia nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Dessa forma, a TNU, além de outros fundamentos que serão desenvolvidos adiante, utiliza o conceito supracitado para permitir a extensão do presente adicional a outras espécies de aposentadoria, visto que a negativa implicaria em violação à igualdade existente entre dois beneficiários que emergem pelo do auxílio de um terceiro.

Ademais, conforme destacado, houve a explanação da Seguridade Social como um direito fundamental. Nesse iter, no bojo da sua decisão, o Exmo. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, Juiz Federal Relator do processo supracitado, ressaltou que permitir o benefício tão somente à aposentadoria por invalidez e renegá-lo para outras espécies de aposentadorias, como por exemplo, por idade e tempo de contribuição, “importaria em inegável afronta ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência”, ou seja, direitos esses fundamentais que compõem a seguridade. (QUEIROGA, 2016)

Assim, se nota que no entendimento da TNU, houvera justamente a aplicação da Seguridade em seu caráter de direito fundamental, protegido por um núcleo que, em razão da cláusula pétrea, jamais poderá ser diminuído, mas tão somente expandido, abrangendo o máximo de pessoas possíveis, como transcrito na presente

decisão, que buscou estender o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) à outras aposentadorias.

Outro fator extremamente importante que, de antemão, fora destacado pela Turma Nacional de Uniformização, é a questão da fonte de custeio. De fato, não há fonte de custeio prévia e, por essa razão, esse adicional possuiria caráter assistencial, não sendo diretamente ligado ao benefício por incapacidade ou aposentadoria.

Nesse mesmo sentido o Diego Henrique Schuster (2019) entende, afirmando que “se não existe fonte de custeio específica é porque o adicional de 25% é custeado por todos os que recolhem para o sistema de Previdência Social”.

Contudo, também é necessário destacar que o fundamento sobre a prévia previsão do custeio não poderá servir de óbice à permissão do benefício, tendo em vista que na aposentadoria por incapacidade permanente também não há prévia previsão, caso a necessidade seja posterior ao benefício, assim, também não haveria explícita necessidade para outras modalidades de aposentadorias.

Ademais, igualmente frisado na TNU, se observa que o caráter de fundamentalidade do referido adicional também é ratificado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, na qual fora promulgada pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 25/2009 que por meio do Decreto Legislativo n.186/2008 foi aprovada Congresso Nacional, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, detendo, portanto, força de emenda constitucional. Nesse sentido, acerca da necessidade da referida convenção, Queiroga (2016) ministro relator da decisão proferida pela TNU, destaca:

A referida Convenção, que tem por propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”, reconhece expressamente a “necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio”, em flagrante busca de minorar as diferenças existentes nos mais diversos ramos da atuação humana em detrimento dos portadores de deficiência, revelando-se inadmissível, portanto, que a lei brasileira estabeleça situação de discriminação entre os próprios portadores de deficiência, ainda mais num campo de extremada sensibilidade social quanto o é o da previdência social.

Assim, há valorização das normas que possuem caráter humanístico, garantista, seja interno, a exemplo, dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e isonomia, bem como externos, na forma da Convenção ora supracitada, que, somados, denotam a tão somente um sentido, a necessidade imediata de estender o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) aos beneficiários de qualquer

aposentadoria, caso preencham os requisitos referente ao auxílio permanente de terceiros.

Nessa seara, no bojo da sua decisão, Murilo Wanderley Queiroga (2016), ministro relator, afirma:

Temos, portanto, comandos normativos, internalizados com força de norma constitucional, que impõem ao art. 45 da Lei n. 8213/91 uma interpretação à luz de seus princípios, da qual penso ser consectário lógico encampar sob o mesmo amparo previdenciário o segurado aposentado por idade/tempo de contribuição que se encontra em idêntica condição de deficiência.

Assim, essa interpretação do Judiciário representa uma forma de aplicar a legislação sistematicamente, avaliando e aplicando os princípios basilares do estado democrático de direito, o que não representa qualquer violação da competência do Poder Judiciário, mas sim uma obrigação constitucional.

4.2 Entendimento adotado pelo Superior Tribunal De Justiça nos autos do Recurso Repetitivo – TEMA 982

Preliminarmente, ressalta se que o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi no mesmo sentido da TNU, ora supracitado e sob o rito dos Recursos Repetitivos (Tema n. 982), a Primeira Seção do STJ fixou a tese de que *“comprovada a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25%, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, a todas as modalidades de aposentadoria.”*

Analisando a ementa do referido julgado, se observa que houve também a valorização dos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana, constando que *“a pretensão em análise encontra respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, bem como na garantia dos direitos sociais, contemplados, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, caput, e 6º, da Constituição da República”*. (COSTA. 2018)

Ainda, a ministra relatora Regina Helena Costa (2018) destacou que Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, o que, portanto, reafirma a necessidade de manutenção da tese fixada.

Além do mais, nos autos da decisão, a Corte do STJ também entendeu que esse adicional possui um caráter assistencial, visto que o fato gerador, ou seja, a pre-

cisão de assistência de um terceiro, poderá ocorrer no início do recebimento da aposentadoria ou posteriormente, uma vez que o adicional poderá ter relação ou não com a doença/enfermidade que deu causa ao benefício originário.

Acerca da desnecessidade da fonte prévia de custeio, assim proferiu a relatora, ministra Regina Helena Costa (2018):

VIII – A aplicação do benefício às demais modalidades de aposentadoria independe da prévia indicação da fonte de custeio porquanto o “auxílio-acompanhante” não consta no rol do art. 18 da Lei n. 8.213/91, o qual elenca os benefícios e serviços devidos aos segurados do Regime Geral de Previdência Social e seus dependentes.

Por fim, julgou improvido o Recurso do INSS, fundamentando a urgência de interpretação ampla daquela legislação, no sentido de garantir o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a todas as modalidades de aposentadoria.

4.3 Entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal

Posteriormente, após a decisão anteriormente discutida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Instituto Nacional do Seguro Social/INSS interpôs o Recurso Extraordinário (RE nº 0021237-49.2015.4.02.9999), originando o Tema n. 1.095 no STF, com repercussão geral reconhecida em agosto de 2020.

Nos autos do Recurso Extraordinário, o INSS alega que houve má aplicação, pelo STJ, dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Além disso, outro argumento utilizado pela Autarquia Federal foi de que adotar a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, permitir que houvesse extensão do adicional à outras aposentadorias, poderia ocasionar significantes impacto nos cofres públicos, o que remete à ideia de caráter econômico dos direitos sociais.

Por fim, sustentou que “por este motivo é que, em nome da isonomia, para nivelar situações desiguais, o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) se restringe ao benefício de aposentadoria por invalidez”.

Nesse sentido, refutando diretamente e indiretamente os entendimentos adotados pela TNU e pelo STJ, o STF realizou o julgamento, através do relator, o Ministro Dias Toffoli (2021) o qual fixou a seguinte tese, vejamos:

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão de extensão do auxílio da grande invalidez a todas às espécies de aposentadoria.

Como pode ser verificado na tese firmada, houve o entendimento de que o Poder Judiciário não poderá criar ou ampliar benefícios previdenciários, tendo em vista que, nos termos da Constituição Federal, tal função é típica do Poder Legislativo, sendo inovadas e criadas tão somente por meio legal.

Ademais, o Ministro Dias Toffoli (2021) fundamenta os princípios da seletividade e distributividade como mais um óbice à subvenção do adicional aqui discutido, visto que deverá existir priorização do mais essencial aos segurados para manter o equilíbrio econômico da previdência.

Se observa ainda que há certa relativização dos princípios da compulsoriedade e contributividade, uma vez que, em regra, dentre as aposentadorias, o modelo de benefício por incapacidade definitiva é um dos que menos possui contribuição para previdência social.

Ainda, alega que o art. 195 da Constituição Federal explica a obrigatoriedade de prévia disposição da fonte de custeio para criação ou até mesmo extensão do benefício sendo “esta é uma das características que diferenciam a previdência dos outros segmentos da seguridade social – saúde e assistência social.” (2021. TOFFOLI)

Ao final do julgamento, o Relator ainda modulou os efeitos da decisão, no sentido de preservar os direitos dos segurados cujo reconhecimento judicial tenha se dado por decisão transitada em julgado até a data do julgamento do Tema n. 1.095 pelo STF (ou seja, 18/06/2021).

Finalizando, foi declarada a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé por força de decisão judicial ou administrativa até a proclamação do resultado do julgamento.

4.4 Críticas ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e destaque à coerência do STJ e TNU

Inicialmente, se observa que o STF, a todo momento, se utilizou de estrita legalidade para fundamentar sua decisão, sem, contudo, destacar os princípios e direitos fundamentais que justificam toda a existência da Constituição Federal de 88.

Nessa linha, acerca do princípio da legalidade, Alexandre de Moraes ensina:

Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma ou outra via que não seja a lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão - eis a lei (MORAES, 2006, p. 36).

Considerando esse entendimento, conclui-se que a legalidade é uma forma de garantia constitucional de outros direitos fundamentais, não podendo servir como forma de restringir seu acesso, mas sim buscar a expansão e acessibilidade a todos aqueles que fazem jus (JÚNIOR, 2018).

Além do mais, no que pese existir a diferenciação entre as regras e os princípios, não se pode negar que “diante do atual grau de evolução da dogmática jurídica, é de importância nuclear os princípios como fontes de oxigenação e integração da Constituição, tal qual um sistema aberto”. (CANOTILHO, 2002).

Deste modo, no caso em análise, o STF se utilizou estritamente da legalidade para impossibilitar a garantia de um direito fundamental, sem, contudo, dar ênfase aos princípios constitucionais envolvidos na demanda discutida, o que representa uma significativa omissão do próprio Poder Judiciário.

Sobre essa extrema legalidade aplicada, o autor Jair Soares Júnior (2018) explica que, no que pese ser importante, não poderá deixar de lado a ordem principiológica existente, fundamentando que:

O positivismo jurídico, em sua tenaz tentativa de eliminação da discricção e da subjetividade na aplicação do direito, delegou aos princípios um campo secundário e residual de interpretação e de integração do direito, sem, contudo, conferir a possibilidade aos princípios de se sobreporem a lei-aqui entendida como regra- ou mesmo a possibilidade de aqueles originarem a criação de novas regras.

No caso em comento, se observa que em momento algum houve menção positiva ao princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção do hipossuficiente, da vedação ao retrocesso social, entre outros, na decisão proferida pelo STF. Ou seja, a Corte julgou sob fundamento da estrita aplicação da lei, em sua máxima, sem, contudo, abrir espaço à análise principiológica.

Assim, o princípio da proporcionalidade serve para violar o excesso, bem como para garantir a proteção suficiente do segurado, ou seja, visa equilibrar o sistema (CANOTILHO, 2002). Entretanto, na presente discussão não houve valoração desse princípio, haja vista que a decisão tão somente negou a extensão do referido adicional, ensejando na sua proteção insuficiente e violando direitos básicos.

Dessa forma, a extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a outros modelos de aposentadoria não seria um julgamento que deveria envolver tão somente a letra da lei, visto que se trata de uma matéria sensível, humanitária, se relacionando com direitos fundamentais relativos à vida e a saúde, ou seja, direitos que condicionam outros direitos, então, em hipótese alguma poderia existir a exclusão dos princípios constitucionais, principalmente nessas matérias de cunho assistencial, gerando uma proteção deficiente. (JÚNIOR, 2018).

Nesse sentido, Canotilho entende que essa proteção é deficiente quando não há adoção ou então essas são insuficientes para garantir um direito fundamental. Assim, é dever do Estado, em seus três poderes, " adotar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais". (CANOTILHO, 2002).

É justamente pelo fato de omissão de outro poder à garantia de direitos básicos que surge a tese, outrora utilizada pela Corte Suprema uma posição mais ativa dos poderes e, no que pese existir controvérsias conceituais na doutrina acerca desse instituto, o atual ministro da corte, Luís Roberto Barroso (2007), defende que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (Grifo nosso)

Dessa forma, não se busca a discricionariedade judicial de forma ilimitada, como forma de atuação para criar direitos sem qualquer base jurídica ou iniciativa anterior, mas se almeja a concretização de garantias fundamentais assentado em princípios e regras já estabelecidos na Carta Capital de 88. (BARROSO.2007)

No caso em questão, simplesmente se busca a extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) em razão dos princípios constitucionais destacados, vistos que são a base para toda a existência dos direitos e garantias fundamentais, a exemplo, dignidade da pessoa humana, saúde, proteção ao hipossuficiente e isonomia.

Entretanto, como dito anteriormente, não houve a valorização dos princípios constitucionais também pelo Poder Legislativo, o que representa uma falha em

face dos cidadãos que, por sua vez, não podem ficar desamparados, restando, portanto, atuação efetiva do Poder Judiciário.

Importante destacar que, de fato, há um grande entrave acerca dessa interferência do Poder Judiciário em qualquer outro poder. Contudo, conforme dito, não se busca uma interferência discricionária/ilimitada, mas sim apenas de uma concretização de um direito que já está previsto, sem a obrigação de qualquer inovação. Acerca dessa atuação mais concreta do Poder Judiciário, Lenio Streck (2004) afirma:

Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, em face do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de força normativa da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Isto porque, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.

Nesse mesmo sentido, o doutrinador Diego Henrique Schuster (2019) afirma que o Superior Tribunal de Justiça, ao conceder a extensão, atuou de forma convicta e lícita, dentro dos limites dispostos, tendo em vista que houve a concretização um direito fundamental catalogado, no caso, a saúde dos indivíduos, não existindo qualquer criação ou atuação fora da sua seara jurisdicional. (SCHUSTER, 2019)

Desta maneira, quando o STF afirma que somente a lei poderá criar ou estender benefícios previdenciários, soa como uma enorme contradição da sua própria jurisprudência recente, onde realizou uma atuação mais efetiva e concreta, tendo-se como exemplo, a discussão do aborto de feto anencefálico referente à ADPF nº 54; o caso da Greve dos Servidores Públicos.

Ademais, quando do julgamento do RE 589963-PR, houve declaração de inconstitucionalidade parcial sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), sob o fundamento da "inexistência de justificativa para a discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo".

Destaca-se que todas essas decisões e atuação do STF possuem proteções de princípios constitucionais explícitos e implícitos, em diferentes âmbitos, contudo, no que pese existir certa liberdade para competência legislativa, a Corte Su-

prema não se recusou de realizar o julgamento e atuar de forma mais efetiva e concreta, garantindo um direito que já estava presente, diferentemente do caso em epígrafe.

Assim, em casos recentes o próprio STF realizou de medidas mais concretas, buscando a aplicabilidade de direitos fundamentais, contudo, no presente julgamento, se esquivou, tendo como consequência a violação de direitos básicos sob argumentos meramente econômicos.

De fato, seria louvável que todos os poderes fizessem sua parte, sem, contudo, necessitar da maior atuação de quaisquer deles. Contudo, na ausência de efetividade um, outro não poderá se abster, mas sim buscar efetuar a garantia daquela norma dentro do seu limite de atuação. (SCHUSTER.2019)

4.5 Críticas ao argumento econômico como óbice à direitos fundamentais e a necessidade de aplicação dos princípios constitucionais.

Em seu voto proferido na ADI nº 3.112, O Ministro Gilmar Mendes (2004) ressaltou que:

“a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção”

A violação da proibição da insuficiência é representada por meio de uma omissão do Poder Público em relação a um mandamento constitucional. Em outras palavras, quando o Estado, por qualquer dos poderes legitimados, se omite do dever de proteção de direitos fundamentais ou então realiza de maneira ineficaz, esse ato será inválido, inconstitucional. Vale ressaltar que esse princípio também é um direito fundamental implícito, podendo a sua positivação ser extraída do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. (JÚNIOR, 2018)

No caso em questão, quando há negativa ao adicional de 25% (vinte e cinco por cento), há direta violação à vida e ao mínimo existencial, afetando, portanto, a dignidade da pessoa humana. Assim, resta devidamente violado o princípio da proteção suficiente, uma vez que não há garantia eficaz daqueles outros direitos constitucionais.

Importante mencionar que esse entendimento sobre a obrigatoriedade de garantir a proteção suficiente não é recente, sendo adotado em Tribunais Federais em momentos anteriores, a exemplo, a proferida pelo TRF4, por meio do relator Paulo Afonso Brum Vaz (2018), senão vejamos:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E DA ISONOMIA. INCAPACIDADE SUPERVENIENTE À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. ADICIONAL DE 25%. ARTIGO 45 DA LEI 8213/91. POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO.

1. A definição da proteção previdenciária devida ao segurado não deve ficar adstrita ao momento inicial de concessão de um benefício. Alterando-se os fatos, a cobertura previdenciária deve ser adaptada (modulada), podendo cessar ou, ao contrário, ser intensificada.

2. A compreensão restritiva do art. 45 da Lei 8.213/91 implica interpretação que viola, a um só tempo, o princípio da vedação da proteção insuficiente de direito fundamental e o princípio da isonomia (AC Nº 0007890-89.2015.4.04.9999/RS, Rel. Juiz Federal convocado José Antonio Savaris, TRF4, 5ª Turma, D.E. 08/09/2015; em citação à Rcl 4374, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18/04/2013, DJ 04/09/2013 e ao RE 580963, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18/04/2013, DJ 14/11/2013; respectivamente).

3. O adicional de que trata o art. 45 da Lei 8.213/91 tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda de assistência contínua de outra pessoa, independentemente da espécie da aposentadoria de que seja titular, conforme decisão do STJ no julgamento do Tema 982.

(TRF4, AC 0000864-69.2017.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, D.E. 11/10/2018)

Nesse mesmo julgado, o entendimento proferido foi no sentido de que, independentemente do momento solicitado ou necessitado, a cobertura e proteção social deverá ser garantida, sob pena de proteção insuficiente, afirmando o seguinte:

Uma cobertura previdenciária apenas “de partida” adequada não satisfaz as exigências do princípio constitucional da proibição da proteção insuficiente. A ideia de proteção suficiente, aliás, traz o pensamento de que a previdência social deve atuar quando é verificada a necessidade, **isto é**, diante da ocorrência e permanência de uma contingência social. Alterando-se os fatos, a cobertura previdenciária deve ser adaptada (modulada), podendo cessar ou, ao contrário, ser intensificada.

Ademais, o entendimento do Supremo Tribunal Federal também violou a existência da isonomia e, conforme pronunciado previamente e bem ressaltado pelo Superior Tribunal de Justiça e também na Turma Nacional de Uniformização, tal princípio não poderá sofrer qualquer restrição por se tratar um mandamento constitucional, previsto no art. 5, caput, da CF/88. (FERNANDES, 2017)

Assim, em resumo, dentro de uma mesma situação fática e jurídica, onde há as mesmas condições, não poderá haver distinção, o tratamento desigual. No caso

em questão, o Superior Tribunal Justiça, na sua decisão por meio do relator, exemplificou perfeitamente as incoerências que são geradas quando há limitação tão somente ao benefício por incapacidade permanente, assim vejamos:

Ora, o aposentado por invalidez que recebe, por exemplo, o valor de R\$ 5.645,80 (cinco mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos), teto máximo dos benefícios pagos pelo INSS atualmente, tem direito ao adicional, nos termos da alínea a parágrafo único, art. 45, da Lei n. 8.213/91.

Por outro lado, os segurados aposentados que percebem valores inferiores ao teto, na sua grande maioria, apenas 1 (um) salário-mínimo (R\$ 954,00 – novecentos e cinquenta e quatro reais – valor de 01.01.2018), e que, ao tornaram-se inválidos, precisem de auxílio permanente de outra pessoa, são obrigados a direcionar parte dessa renda mínima para suprir tal necessidade

O segurado que recebe aposentadoria por tempo de contribuição, por idade ou especial acometido de limitações físicas e/ou mentais e que recebe 1 (um) salário-mínimo, encontra-se em situação de risco social da mesma maneira que o aposentado por invalidez, porém com a circunstância agravante de que, como não recebe o adicional de “grande invalidez”, terá que custear as despesas extras com a contratação de ajuda de terceiro, o que, por óbvio, será feito em detrimento de outras necessidades básicas como alimentação e moradia, e, em última análise, do chamado “mínimo existencial”, um dos principais efeitos da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ou seja, se verifica o tratamento diferente, sempre favorável à uma só classe, onde, na verdade, também há outras acobertadas pelo mesmo sistema previdenciário na mesma condição, no qual necessitam de um valor assistencial, contudo, não é garantido, violando, assim, a isonomia supracitada. (JÚNIOR, 2018)

Na verdade, a partir da análise desse cenário fático, é mais provável que haja preenchimento dos requisitos por um aposentado por idade, na qualidade de segurado especial, por exemplo, do que por qualquer outro beneficiário por incapacidade permanente.

Isso se justificava pelo fato de o segurado especial receber tão somente um salário mínimo, gerando, ao final, menos que o mínimo para realização de suas necessidades básicas relativas à própria subsistência e exercendo atividade laborativa na lavoura, pesca, entre outros ambientes que atingem, de forma direta, a saúde do aposentado.

Nesse paradigma, haverá a privação da liberdade econômica do beneficiário, resultando em sua exclusão social em razão do STF ignorar as barreiras sociais existentes. (JÚNIOR, 2018).

Nessa toada, Amartya Sen (2000) entende que:

A privação da liberdade econômica, na forma de pobreza extrema, pode tornar a pessoa uma presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade.

(...). A privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar privação de liberdade econômica.

Então, percebe-se, que para possibilitar o acesso ao benefício, também se faz necessária uma visão de igualdade material, ou seja, tentar incluir todos aqueles que mais necessitam na proteção social e, para tanto, exigir a garantia, pelo menos, do mínimo existencial, precisando, portanto, que o Estado atue de forma positiva, no sentido de eliminar as barreiras existentes de acessibilidade daqueles mais necessitados, os hipossuficientes na seara social e econômica. (JÚNIOR, 2018)

Para Cláudio Rodrigues Morales, o princípio da irredutibilidade do benefício previdenciário, consiste em que, “as prestações de benefício de natureza previdenciária que constituem dívidas de valor não podem sofrer desvalorização; precisam manter seu valor de compra, trata-se de norma de eficácia limitada”. Nessa linha, não admitir a extensão a todas as aposentadorias também viola o referido princípio.

Assim surge o princípio da proteção ao hipossuficiente, fundado na ideia de proteger ao menos favorecido, visto que a relação previdenciária, em regra, é entre indivíduo e Estado, e, na maioria das vezes o indivíduo que recorre à Previdência já necessita de um amparo em função de suas condições socioeconômicas. (CASTRO, LAZZARI, 2020)

Não há qualquer razoabilidade em conceder benefício tão somente ao beneficiário da incapacidade permanente sendo que a necessidade de assistência poderá surgir em qualquer modalidade de aposentadoria, haja vista que essa necessidade que representa o fato gerador e não a aposentadoria, conforme bem apresentado pelo STJ, no qual dispõe “que estaríamos diante de segurados que se encontram afetados por idêntica contingência social”.

Nesse sentido, conforme dito previamente, a previdência social é um direito social garantido na Constituição Federal de 88. Para o doutrinador José Afonso da Silva (2005), os direitos sociais, devem ser concedidos pelo Estado possibilitando o acesso dos que menos tem condição de vida, no sentido de que deverá atuar ações estatais comissivas, possibilitando que os mais vulneráveis possam alcançar direitos individuais e fundamentais.

Assim, tendo em vista todas essas características supracitadas, a garantia do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) aqui discutido é uma forma de cumprir, no seu sentido necessário, o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que esse é formado a partir do respeito aos demais direitos.

Nos autos do Resp. 1.309.137-MG o próprio STJ entendeu que há um núcleo de direitos fundamentais que não podem ser alterados, são invioláveis pelo fato de se conectar com a dignidade da pessoa humana e esse princípio fundamenta o Estado Democrático de Direito, não podendo esses direitos serem desprezados pelo Poder Judiciário.

Nessa linha, esses direitos sociais devem sempre buscar maior abrangência, garantias e acessibilidade aos beneficiários, em razão da proibição do retrocesso social. Assim sendo, quando há vedação de uma garantia constitucional visando o cumprimento de um direito fundamental, isso materializa clara representação de violabilidade à proibição do retrocesso social. Essa fundamentalidade fora abordada desde o princípio, onde se atestou a seguridade social como um direito fundamental.

Um dos maiores defensores da proibição do retrocesso social é o consagrado constitucionalista Joaquim José Gomes Canotilho (2002) que ensina:

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (lei de segurança social", lei do subsídio de desemprego", lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática de uma anulação", revogação", ou aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autor reversibilidade tem como o núcleo essencial já realizado

Essa vedação ao retrocesso social no âmbito do direito previdenciário também é defendida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, onde, por exemplo, na ADI 3.105 julgada em 18.08.2004, o Ministro Celso de Melo, o qual autorizou a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos, afirmou, no seguinte sentido:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (MELO.2004)

Em resumo, pode-se dizer que a proibição do retrocesso consiste na vedação de qualquer medida do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário que gerem a retroação dos direitos incorporados ao patrimônio jurídico da pessoa.

Importante ressaltar que essa proibição do retrocesso não é uma regra de cunho absoluto, que se posta contra qualquer medida restritiva de um direito fundamental. Na verdade, essa proibição do retrocesso é proibida a retirada do núcleo daquele direito sem oferecer condições que possam suprir tal exclusão ou diminuição. (JUNIOR, 2018)

Nessa linha, no caso em questão, houve a retirada de um adicional aos beneficiários que necessitam de um assistente para cuidados básicos, o que representa esse retrocesso, uma vez que haverá prejuízos diretos na saúde do beneficiário ante a impossibilidade de financiar um terceiro assistente, ou, sendo o caso de buscar esse financiamento, não existirá renda para suprir suas necessidades básicas, e isso é uma clara demonstração de violação aos direitos fundamentais.

Assim, se entende que houve inobservância de toda essa ordem principiológica por parte Supremo Tribunal Federal e, em simples análise do julgado, se observa que os argumentos remetem a impossibilidade do adicional por caráter meramente econômico da Autarquia, sem, contudo, considerar a essencialidade do indivíduo, ao ponto de ser ilegítimo qualquer apreciação econômica.

Nessa toada, um dos outros princípios que regem o estado democrático do direito é a solidariedade, sendo fundado na ideia de justiça distributiva, ou seja, “compreende a necessidade de compensação de vantagens e desvantagens entre as classes sociais que compõem determinada *polis* e os riscos da própria existência humana”. (JÚNIOR, 2018)

Ainda há a solidariedade orgânica, originada a partir das sociedades pós divisão de trabalho, no qual os indivíduos são diferenciados por suas crenças e ações. No caso da previdência, esse tipo de solidariedade ocorre pelo fato de concretizar a proteção dos beneficiários a determinado tipo de benefício. (SCHUSTER, 2019)

A previsão constitucional da solidariedade se encontra como objetivo fundamental da República, versando a necessidade de construir uma sociedade justa, livre e solidária. Assim, pelo exposto, conclui-se que a solidariedade é um princípio basilar e que compõe a proteção e a seguridade social, visto que:

“A solidariedade impõe à coletividade se encarregar da prevenção e proteção dos segurados. Neste nível, as contribuições vertidas por todos representam, sem saber qual o benefício, uma verdadeira socialização de riscos. Aliás, a solidariedade social não se realiza exclusivamente pela via do Estado. O que se verifica aqui é uma consciência coletiva acerca do que faz emergir laços de solidariedade”. (HENRIQUE.2019)

De forma objetiva, os ideais de dignidade da pessoa humana e mínimo existencial estão em um só núcleo, o que reafirma a sua suprainportância no contexto social/jurídico, atuando em diversos âmbitos, econômicos, sociais, educacionais, entre outros.

Em resumo, quando há a retirada da proteção social e esvaziamento do núcleo de direitos fundamentais, no caso em questão, a extensão do adicional, há incidência direta de violação ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que é uma regra na hermenêutica constitucional. (JÚNIOR, 2018)

O relator, Exmo. Ministro Dias Toffoli alega, como fundamento para negar extensão do adicional, o princípio da distributividade, afirmando o seguinte:

pelo princípio da distributividade, o qual remete ao legislador ordinário a escolha dos riscos sociais e segurados que serão atendidos por determinado benefício. Sendo assim, compreendo ser a criação ou extensão dos benefícios previdenciários uma opção política a ser exercida pelo legislador, momento e lugar adequados para a reflexão e análise sobre a questão”

Contudo, se entende que houve a má aplicação do referido princípio, visto que, de fato, haverá análise daqueles que mais necessitam dos valores ou do benefício e isso somente poderá ser constatado no caso prático.

Ou seja, estender o benefício a todos os modelos de aposentadoria não significa dizer que todos terão acesso imediato ao ponto de comprometer o equilíbrio financeiro, uma vez que ainda necessitarão preencher os requisitos relativos ao benefício em si e partir disso será compreendida sua real necessidade.

Entretanto, nos termos já acertados anteriormente, o STF não buscou realizar essa análise específica a partir dos diversos princípios que regem esse sistema, simplesmente se omitiram de tal responsabilidade, transferindo-a para o Legislativo, conforme bem explícito no trecho supracitado, no qual o relator afirma que a criação ou extensão dos benefícios previdenciários é uma “opção política a ser exercida pelo legislador, momento e lugar adequados para a reflexão e análise sobre a questão”. (TOFFOLI, 2021)

Em contrapartida, o STJ “firmou sua convicção por entender a prioridade à proteção das pessoas com deficiência e, amparado no argumento de que o adicional tem caráter assistencial, não haveria que se falar em prévia fonte de custeio” (SCHUSTER, 2019).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do estudo teve um embasamento teórico, com a finalidade de apurar detalhes das decisões proferidas pela jurisprudência acerca da extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), ressaltando a importância dos direitos fundamentais existentes na matéria.

Assim, conforme exposto, o Supremo Tribunal Federal, ao negar a extensão do benefício a todas espécies de aposentadoria, considerou a legalidade estrita, não realizando qualquer valorização da dignidade da pessoa humana, bem como da isonomia. Em contrapartida, a TNU e o STJ realizaram maior valorização dos princípios exposto na Constituição Federal, o que fundamentou suas respectivas conclusões para admitir a extensão do adicional.

Antes de adentrar nessa atuação do Judiciário, fora destacado inicialmente a partir de alguns doutrinadores, a Seguridade Social como direito fundamental e os princípios que o regem. Além disso, considerando que se trata de uma demanda relativa à Previdência Social, destacou-se esse instituto e suas características específicas abordadas pela legislação infraconstitucional.

O segundo momento foi marcado por destacar as modalidades de aposentadorias existentes, destacando ainda as alterações ocorridas com a Reforma da Previdência, o que alterou, inclusive, a denominação da aposentadoria por invalidez, passando-se a benefício por incapacidade permanente. Na mesma oportunidade, houve destaque ao benefício por incapacidade temporária, antes denominado auxílio-doença.

Ademais, aproveitou-se para destacar o denominado adicional de 25% (vinte e cinco por cento), também chamado de auxílio-acompanhante, apresentando o tratamento legal, suas principais características e requisitos.

No terceiro momento, houve o destaque ao entendimento da jurisprudência sobre o tema, onde fora estudado os conceitos adotados e os fundamentos prevalecidos por cada um dos órgãos jurisdicionais, quais sejam, TNU, STJ e STF.

Assim, considerando toda a exposição realizada, se entende que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal inobservou diversos preceitos necessários à ordem jurídica, social e econômica, se baseando, de forma fechada e restrita, a tão somente a legalidade existente na Lei 8.213/91 que rege o adicional de 25%.

Conforme já dito, a Seguridade Social é uma forma de buscar proteção dos indivíduos que, de certa forma, estão vulneráveis na sociedade e, portanto, precisando de um “auxílio” estatal buscando diminuir os riscos sociais.

Assim, considerando esse caráter fundamentalista da seguridade social como um todo, qualquer análise a ser feita deverá existir uma compreensão principiológica, tendo em vista que é fundamento desse instituto e de todo o estado democrático de direito.

Dessa forma, o adicional de vem justamente como uma forma de diminuir os riscos sociais àquele segurado, haja vista sua condição de vulnerabilidade a ser analisada em cada caso. Tal situação, por sinal, ocorre em diversos beneficiários de aposentadoria, o que, portanto, é totalmente contraditório admitir em somente um modelo.

Nesse sentido, quando o STF não admite a extensão desse benefício, há uma omissão legal, ou seja, o Poder, podendo utilizar da sua função atípica, e assim não o faz, tendo como consequência a violação de direitos fundamentais básicos. Além do mais, não se trata de uma atuação inovadora do Supremo Tribunal Federal, mas sim de algo que outrora fora utilizado pela própria corte em suas decisões proferidas, como já exemplificado.

Em contrapartida a esta decisão e se utilizando de princípios constitucionais, o STJ e a TNU deram maior ênfase à dignidade da pessoa humana e igualdade em face de qualquer questão econômica. Entende-se que houve acerto em tal decisão pelo fato de que não se trata de uma questão que busca ampliar direitos já existentes, mas sim busca garantir o mínimo existencial, o essencial, o básico, o que não pode ser contestado por questões econômicas.

Por todo exposto, ratificando tudo o que fora explorado, entende-se que o entendimento adotado pelo STF contrariou os diversos princípios constitucionais relacionados a dignidade da pessoa humana, bem como sua própria jurisprudência, tendo em vista a omissão frente a graves violações.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 12. Ed. Rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

BARROSO, Luiz Roberto. “**Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**”. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em 10 out. 2021

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 103/2019, de 12 de novembro de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de novembro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 20/10/2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em 10 Set. 2021

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em 25/10/2021.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais - DOU 03/07/2012. **Súmula 62** . Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=62&PHPSESSID=70r5tqsduath3h3f57r37p61r1>> Acesso em 20/10/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 0021237-49.2015.4.02.9999**. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado em: 08/08/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5731800>>. Acesso em: 05/10/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário veda extensão de auxílio-acompanhante a todas espécies de aposentadoria**. Publicado em: 22/06/2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468026&ori=1>>. Acesso em: 05/10/2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema nº 982**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Publicado em: 26/09/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1648305> Acesso em: 05/10/2021.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Processo nº 5000890-49.2014.4.04.7133**. Relator: Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/maio/tnu-entende-que-adicional-de-25-e-aplicavel-a-aposentados-quando-comprovada-a-necessidade-de-assistencia-permanente-de-terceiros>>. Acesso em: 10/10/2021.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. São Paulo: Paz Terra e Política, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Alberto pereira de; LAZZARI, João Batista Direito. **Comentários a Reforma da Previdência**. Rio de Janeiro-RJ. Editora Forense, 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2005, pp. 88-89.

COELHO, Fábio Alexandre; ASSAD, Luciana Maria; COELHO, Vinícius Alexandre. **Manual de direito previdenciário: benefícios**. Bauru: Canal 6, 2013.

CHMITT, Carl. **Teoría de Constitución**. Tradução de Francisco Ayala. 3. ed. Madris: Alianza Editorial, 2001.

DERBLI, F. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. 2007. p. 243.

DUPEYROUX, Jean-Jacques. **Droit de la sécurité sociale**. 15. ed. Paris: Dalloz, 2005.

DIAS, Eduardo Rocha ; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**, Editora Método, 2008, página 121.

FACHIN, Zulmar; OLIVEIRA, Evaldo Dias de. **Seguridade Social como Direito Fundamental: garantia de efetivação na Constituição Brasileira**. Revista Scientia Iuris. v. 15, n. 1. Londrina – 2011.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. Barueri-SP: Editora Manoele, 2011. p. 59

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JAIR, Soares Júnior. **Seguridade social e sustentabilidade: crítica ao argumento econômico na aplicação dos direitos sociais**. 1.ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito de seguridade social**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Ilídio das. **Direito da segurança social**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso. **Previdência Social do Advogado**. Rio de Janeiro:CAARJ, 1978.

SANTOS, Marisa Ferreira Dos. **Esquematizado – Direito Previdenciário**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 132.

SCHUSTER. Diego Henrique. **Direito Previdenciário: para compreender com a prática colada na teoria e sem respostas prontas**. Curitiba: Alteridade Editora. 2019

SEN. Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19-20.

STUCHI, Victor Hugo Nazário. **Comentários sobre a Nova Previdência**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 108.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008.