

Nota Técnica 14 | 2021

Lei 8.213/1991

Adicional de 25% para todas as espécies de benefícios do Regime Geral da Previdência Social



IBDP

Instituto Brasileiro de
Direito Previdenciário

IBDP

NOTA TÉCNICA

Adicional de 25% para todas as espécies de benefícios do Regime Geral da Previdência Social

O IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, entidade de cunho científico-jurídico, no uso de suas atribuições que tem entre os seus objetivos a produção de material informativo sobre seguridade social e temas jurídicos relacionados, buscando proporcionar conteúdos de acesso universal para a classe de operadores do direito, bem como para a sociedade, vem apresentar análise técnica sobre a impossibilidade de concessão do adicional de 25% para todas as espécies de aposentadorias do Regime Geral da Previdência Social, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do tema 1095¹.

A discussão acerca da possibilidade de extensão do adicional de 25%, previsto no art. 45 da Lei 8.213/1991, às aposentadorias voluntárias, na hipótese de superveniência de invalidez que demande a assistência permanente de outra pessoa, havia sido enfrentada pelo STJ, no julgamento do Tema 982, prevalecendo a orientação, segundo a qual, comprovada a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.

No Supremo Tribunal Federal, o julgamento se deu à luz dos princípios da legalidade/reserva legal e da distributividade, da regra da contrapartida, concluindo pela impossibilidade, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, de se criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, o que torna inviável a extensão do auxílio de grande invalidez (art. 45 da Lei 8.213/1991) às modalidades de aposentadoria voluntária.

¹ O andamento pode ser extraído do site <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5731800>

O voto do relator externa a discordância quanto a natureza assistencial do adicional de 25% para as demais aposentadorias, argumentando que para o deferimento dos benefícios assistenciais deve-se observar os requisitos legais e que seu caráter supostamente assistencial não afasta a exigência de previsão legal.

Argumentou, ainda, que “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 as espécies de aposentadoria”.²

Nota-se que os fundamentos que conduzem o acórdão do STJ, objeto de reexame pelo STF, não foram integralmente observados no que diz respeito à adstrição do julgador ao princípio da legalidade

Como bem pondera a Min. Regina Helena Costa, no voto que conduz o acórdão firmado no STJ, o art. 45 da Lei 8.213/1991 deve passar por uma filtragem de controle de convencionalidade.

De fato, o Estado brasileiro é signatário da 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. Promulgada pelo Decreto n. 6.949/09, a Convenção, em seu art. 1º, ostenta o propósito de "(...) 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. Como pontua o Professor Daniel Machado da Rocha:

O estado de invalidez, ocorrido após a aposentadoria programável, atribui ao indivíduo a condição de pessoa com deficiência. A tutela dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência deve atentar para as diferentes facetas da vida em sociedade, incluindo as limitações graves decorrentes da invalidez. Nessa perspectiva, convém atentar para o fato de

² Trecho do voto proferido pelo Relator Min. Dias Toffoli

que a CDPD não se limita a meras previsões genéricas. No artigo 28 restou assentado que os Estados-Partes deverão adotar medidas adequadas para salvaguardar a realização dos seus direitos tais como as previstas nas alíneas do número 2 do art. 28 da CDPD: (...) Em suma, o adicional previsto no artigo em comento, 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 titular³.

Não se pode ignorar que a Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, em seus arts. 26 e 27, consigna que as obrigações internacionais devem ser cumpridas de boa-fé, não se podendo invocar o direito interno para descumprir obrigações internacionais oficialmente assumidas pelos Estados parte. Isso significa dizer que os Estados signatários de normas internacionais assumem o compromisso de respeitar os direitos e liberdades nelas reconhecidos, devendo adotar disposições de direito interno que tornem efetivos os direitos e liberdade ali expressos.

Nesse prisma, inviável, então, admitir que as normas estabelecidas nas convenções internacionais sejam vistas como normas meramente programáticas, sem vinculação para os Estados-partes. Dito de outra maneira, os compromissos pactuados pelos Estados por meio de convenções e tratados internacionais não podem ser vistos apenas como um acordo de boas intenções, ao contrário, têm de ser tratados como um compromisso concreto e irrevogável, no qual o Estado se compromete com a perfectibilização de determinados direitos aos seus cidadãos, nos termos delineados por esses pactos e convenções, afirmando o real compromisso em adequar a suas normas internas a tais balizas.

As políticas de proteção social brasileira, além de observar os princípios constitucionais e a realidade do mercado de trabalho brasileiro, também devem se

3 ROCHA, Daniel Machado. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, 16ª ed. rev., atual e ampl., São Paulo, Atlas, 2018, pp. 320/321.

4 Decreto 7.030/2009 – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Art. 26 – Pacta sunt servanda – Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.

Art. 27 – Direito Interno e Observância de Tratados – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o art. 46.

atentar às diretrizes fixadas nos acordos e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, de modo a refletir uma política realmente condizente com o modelo de proteção assumido pelo Brasil em suas normas de direito interno e no cenário internacional.

Isto porque, é premente a necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional, exigindo uma mudança de posição do Estado quanto ao papel dos tratados internacionais na ordem jurídica, se fazendo necessária uma postura mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano e a construção de uma sociedade justa⁵.

Ademais, afirmar a impossibilidade de concessão da vantagem, pelo Poder Judiciário, em razão da ausência de previsão legal, apequena a competência institucional que detém aquele poder para perfectibilizar os direitos fundamentais em nossa sociedade.

A legitimidade do Judiciário na efetivação de direitos humanos concilia o sistema de freios e contrapesos entre os poderes, além de favorecer as teorias democráticas. Isso porque a atuação judicial ajuda a promover a deliberação democrática ao trazer a público demandas que de outra forma poderiam continuar ignoradas pelos poderes eleitos e pela própria sociedade. Essa lição encontra-se de maneira irrefutável sintetizada na doutrina de Roberto Gargarella:

Levando em conta essas considerações, poderíamos dizer que os juízes se encontram institucionalmente colocados em uma excelente posição para favorecer a deliberação democrática: com efeito, o poder judiciário é a instituição responsável pelo recebimento de reclamações (querelas) de todos aqueles que são, ou sentem que tenham sido, tratados indevidamente no processo político de tomada de decisões. Aos seus membros se exige, cotidianamente, que observem o sistema político, dando atenção a suas debilidades, fracassos e rupturas. Mais ainda, os juízes estão institucionalmente obrigados a escutar

⁵ Trecho do voto proferido pelo Min. GILMAR MENDES, no julgamento do RE 466.343/SP, em sede de repercussão geral, que discutia o controle de convencionalidade no sistema judicial brasileiro.

as diferentes partes do conflito – e não apenas a parte que afirmar ter sido tratada indevidamente.

Então, os juízes não se encontram apenas institucionalmente bem situados para enriquecer o processo deliberativo e ajudá-lo a corrigir algumas de suas indevidas parcialidades. Os juízes possuem, além disso, diversas ferramentas que facilitam sua tarefa a respeito do tema. Como consequência de sua posição institucional e dos meios de que dispõem, os juízes têm boas probabilidades de favorecer o bom funcionamento do processo deliberativo. Ao mesmo tempo, têm amplas possibilidades de atuar de maneira respeitosa em relação à autoridade popular: eles possuem suficientes técnicas e meios procedimentais para agir em conformidade com isso. Podem bloquear a aplicação de uma certa norma e devolvê-la ao Congresso, forçando-o a pensar de novo sobre ela; podem declarar que algum direito foi violado, sem impor aos legisladores uma solução concreta; podem estabelecer que uma violação de direito deve ser corrigida em um tempo limite, sem se colocar no lugar do legislador nem decidir qual solução particular deveria ser aprovada; podem sugerir ao legislador uma série de soluções alternativas, deixado nas mãos deste a decisão final⁶.

É inegável a importância da concretização dos direitos sociais e da mesma forma inegável a dificuldade desta concretização⁷. Do ponto de vista constitucional, a efetivação traz materialidade às promessas constitucionais, concretizando os ideais do constituinte. Do ponto de vista democrático, a efetivação de tais direitos é condição necessária para uma democracia real, vez que a participação livre e igualitária do cidadão exige condições mínimas para o exercício dessa faculdade.

⁶ GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 218-219.

⁷ Nesse ponto, denuncia Gargarella: La mayoría de democracias modernas se enorgullecen del modo en que defienden derechos civiles y políticos como el derecho de libertad de expresión, la libertad de cultos, el derecho a defensa en juicio, o el derecho al voto, pero empalidecen cuando se les pregunta por el modo en que protegen la salud de sus habitantes o la forma en que aseguran condiciones de vivienda digna para sus miembros más desfavorecidos. GARGARELLA, Roberto. Recuperar los derechos sociales. In: Revista de libros de la Fundación Caja Madrid, n. 99, mar/2005, p. 17-20, p. 17.

Aquele que tem fome, que está em estado de necessidade, que não tem acesso a estudo, não consegue exercer em plenitude a sua cidadania, ficando exposto ao talante das classes dominantes. Assim, sem a garantia de direitos mínimos e básicos os grupos mais desprotegidos da sociedade têm maior dificuldade de envolvimento político nos assuntos da sociedade.

Não é por outra razão que Gargarella traça uma crítica aos juízes que se negam a efetivar tais direitos sob a pálida fundamentação acerca da separação de Poderes. Quer invocando teorias participativas que exigem que os juízes respeitem a vontade do legislador; quer invocando teorias pluralistas que reservam aos ramos do poder político que controlam o orçamento nacional⁸ e têm legitimidade democrática para determinar a divisão dos recursos, os juízes equivocadamente têm deturpado conceitos democráticos para se abster de concretizar direitos sociais.

De toda sorte, não se pode deixar de reconhecer a importância da atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais, firmados em compromissos constitucionais assumidos pelo Estado, ao abrir um espaço público para discussões de interesses de grupos que dificilmente teriam representatividade nos Poderes Legislativo e Executivo.

Aliás, essas considerações também são levantadas pelo Ministro Fachin, em voto divergente proferido no julgamento do STF, ao afirmar que a restrição hermenêutica do Âmbito de aplicação da norma apenas à aposentação por invalidez representa quebra de isonomia, além de violar os princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da igualdade, pois, revelado o escopo da norma em tutelar o risco social da invalidez com a necessidade de acompanhamento por terceiro, a ausência de diferenciação constitucionalmente aferível entre as espécies de inativação leva à impossibilidade de concretização dos ditames constitucionais, em especial a proteção do direito à saúde e da qualidade de vida.

A extensão do adicional às aposentadorias voluntárias, a despeito da inexistência de previsão legal, contribuiria para a defesa da cidadania e do nosso

⁸ GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos Juízes diante dos direitos sociais. In: Direitos Sociais: fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 209-215.

modelo de Estado Social, ao impedir a imposição de leis perfeccionistas e ao manter a integridade da autonomia dos indivíduos⁹. Ultrapassando a omissão judicial cega às consequências e rechaçando o ativismo cego aos princípios democráticos, a atuação judicial, na seara dos direitos sociais, pode ser vista como instrumento de fortalecimento social e na concretização dos direitos humanos.

Nesse sentido, não é demais rememorar a lição de José Antonio Savaris quando afirma que “*o positivismo é a banalização do sofrimento humano. O juiz positivista não se importa com o resultado alcançado e, por isso, não sofre. Mas talvez a ausência de sofrimento do juiz seja somente eco da resignação social às adversidades de subsistência. O sofrimento atinge, isto sim, a pessoa que passa pelo processo de dessocialização progressivo e enfrenta o medo quanto à subsistência*”.¹⁰

Nota-se que a discussão aventada na Corte Máxima, extrapola a objetividade e recai na subjetividade do tema, em que os princípios são necessários para entender sobre a (im)possibilidade da benesse e a *Mens Legis* deve ter entendimento em toda a sua essência.

O eventual óbice emblemático dos Poderes Legislativo e Executivo não acompanharão o desenvolvimento dinâmico, pragmático e sistêmico da sociedade, quer pela expectativa de vida, quer por novas necessidades e perspectivas sociais e econômicas não pode, por si só, desamparar o fato social.

Quanto às certezas principiológicas, claramente robustas para dar vida à norma no sentido de expor as angústias sociais com subsunção jurídico-material de proteção diante de sua própria natureza, as mesmas são evidenciadas na interpretação constitucional, qual seja, situar a norma no tempo, espaço, lugar e na realidade contemporânea.

Nesse sentido, ao intérprete jurídico cabe relacionar os fatos sociais concretos, fazendo com que haja nexo de causa e efeito significativo da norma e sua função social, e não o contrário. Miguel Reale manifesta que “Interpretar uma lei, importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de

⁹ GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996, p. 171.

¹⁰ SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2012, p. 52.

poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos”¹¹.

Assim, o foco guarda atenção ao fato gerador do adicional, que, inclusive não é a modalidade de aposentadoria, mas sim, a incapacidade do aposentado de viver e realizar tarefas rotineiras sem o devido auxílio, na conformidade do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Por fim, não se pode perder de vista que a segurança social é o objetivo de uma sociedade que se afirma justa e solidária. E é dever de todos os poderes, inclusive do Poder Judiciário, assegurar o bem social. Não pode, então, o julgador se ater ao princípio da legalidade, ao positivismo jurídico, sem verificar o conteúdo da norma à luz de sua finalidade. O comando legal não pode ser interpretado fora do meio social presente, se fazia imprescindível o trabalho do Poder Judiciário para adaptar o texto legal às necessidades sociais existentes no momento de sua aplicação e às premissas balizadoras da nossa sociedade, comprometida na proteção integral às pessoas com deficiência.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Jane Lucia Wilhelm Berwanger – Diretoria Científica

Valber Cruz Cereza – Diretoria Científica

Bruna de Cassia Martos Yang – Diretoria Científica

Aurelio Tomaz da Silva Briltes – Diretoria Científica

Maria Fernanda Pinheiro Wirth – Diretoria Científica

¹¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo; Saraiva, 2001



IBDP

*Instituto Brasileiro de
Direito Previdenciário*