

VIII CONGRESSO DA FEPODI

HERMENÊUTICA JURÍDICA

A532

Anais do VIII Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização VIII Congresso Nacional da FEPODI – São Paulo;

Coordenadores: Sinara Lacerda Andrade Caloche, Abner da Silva Jaques e Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa – São Paulo, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-262-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br

Tema: Universalização do conhecimento e democratização da pesquisa

1. Pós-graduação. 2. Pesquisa. 3. Universidade. 4. Universalização do Conhecimento. 5. Democratização do Conhecimento. I. VIII Congresso Nacional da FEPODI (1:2021 : São Paulo, SP).

CDU: 34



VIII CONGRESSO DA FEPODI

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 18 e 19 de março de 2021, o VIII Congresso Nacional da FEPODI, de maneira virtual, em que os eixos temáticos da edição foram a “universalização do conhecimento” e a “democratização da pesquisa”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da Associação Nacional dos Pós-Graduandos (ANPG), da Universidade de Marília (UNIMAR), do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 22 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na oitava edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 163 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 15 Grupos de Trabalhos, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Sinara Lacerda Andrade Caloche

Presidente da FEPODI

Wellington Oliveira de Souza dos Anjos Costa

Vice-presidente da FEPODI

Abner da Silva Jaques

Tesoureiro da FEPODI

**A (IM)POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO DE 25% NAS
APOSENTADORIAS NÃO INCAPACITANTES DO RGPS**

**THE (IM) POSSIBILITY OF EXTENDING THE 25% ADDITION TO NON-
DISABLING RETIREMENTS OF RGPS**

**Bruno Jose Souza De Azevedo ¹
Vladimir Da Rocha França ²**

Resumo

O presente artigo busca analisar a possibilidade de estender o acréscimo do percentual de 25% sobre as aposentadorias não incapacitantes do Regime Geral de Previdência Social, mesmo na ausência de previsão legal na norma previdenciária, já que esse acréscimo somente é previsto nas aposentadorias por invalidez. Para tanto, será analisada a atuação do Judiciário e a possibilidade de utilizar a analogia para extensão de benefício previdenciário. Será abordado ainda os institutos do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do prévio custeio como balizadores da atuação judicial, além da opção estatal de cobertura securitária dentro da sua limitação orçamentária. Serão abordadas também a aplicabilidade das normas fundamentais, principalmente na seara securitária.

Palavras-chave: Grande invalidez, Extensão, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to analyze the possibility of extending the increase of the percentage of 25% on non-incapacitating pensions of the General Social Security Regime, even in the absence of a legal provision in the social security rule, since this increase is only provided for disability pensions. To this end, the performance of the Judiciary and the possibility of using the analogy to extend social security benefits will be analyzed. The institutes of the existential minimum, of the dignity of the human person, of isonomy and of the previous costing will also be approached as guiding factors for judicial action, in addition to the state option of insurance coverage within its budgetary limitation. The applicability of fundamental rules will also be addressed, mainly in the insurance field.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Great disability, Extension, Judicial power

¹ Especialista em Direito Previdenciário pela UNIDERP; Especialista em Direito Constitucional pela FAL - Faculdade de Natal e Bureau Jurídico; Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte; Procurador Federal

² ORIENTADOR Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

BREVE INTRODUÇÃO

Em tempo de crise, a falta de trabalho, seja formal ou informal, bem como o aumento de desemprego, gera, numa tentativa até de sobrevivência, um aumento da demanda pela concessão de benefícios previdenciários e assistenciais. Esses fatos tem chamado o Judiciário a decidir com base na lei ou na analogia de uma regra legal, principalmente quando não há previsão normativa que proteja especificamente determinada contingência social.

Nesse contexto, como o Judiciário não pode se negar a analisar o caso que lhe é apresentado – princípio do *non liquet* - e há o livre acesso à jurisdição, como previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, surge a discussão acerca do limite de sua atuação, levando-se em conta os princípios constitucionais securitários que regulamentam a atuação Estatal para a proteção dos riscos sociais, mas com responsabilidade orçamentária. Assim, como os direitos sociais possuem um custo, existe um grande debate entre o direito constitucional universal à proteção social (princípio da universalidade de cobertura a atendimento – art. 194, I, da Constituição Federal) e a limitação estatal de fazer frente a essas contingências, cujo equilíbrio se dá pelo também princípio constitucional da seletividade face à necessidade do prévio custeio (arts. 194, III e 195 §5º da CF).

Nessa senda, surge o tema proposto. A grande problemática, portanto, envolve a possibilidade do Poder Judiciário, na ausência de determinada proteção social previdenciária legal, por meio de analogia, e mesmo não sendo Poder Legislativo, conceder direitos ainda não selecionados pelo Estado-Lei, substituindo-se na escolha do Ente Federativo. Dito isto, a hipótese do presente trabalho busca investigar a possibilidade de extensão do acréscimo de 25% sobre as aposentadorias não incapacitantes pelo Poder Judiciário, mesmo inexistindo previsão legal para tanto.

Para o desenvolvimento do trabalho, será aplicada uma metodologia teórico-jurídica com raciocínio dedutivo, partindo-se de conhecimentos gerais para o específico, com a abordagem das técnicas das pesquisas bibliográfica, documental e legislação pertinente à matéria, na doutrina nacional e na jurisprudência pátria. Também será analisado estudo de caso em que houve a discussão do tema em análise.

DESENVOLVIMENTO

A efetivação dos direitos sociais previdenciários ocorre de modo gradual e progressivo por meio de políticas públicas – intenções político-governamentais traduzidas normativamente (constitucional e legalmente), na consecução de objetivos socialmente relevantes (AMORIM,

2012, p.253) -, garantindo-se, todavia, núcleos mínimos essenciais, tendo como legitimados, a priori, os Poderes Legislativo e Executivo.

Nessa linha de raciocínio, não poderia o Judiciário atuar de forma ativa na consecução da política pública, primeiro, porque o legislador ordinário é que teria sido eleito para tanto. Segundo porque, por não participar da política pública, o Judiciário não teria condições de analisar a capacidade financeira do Estado em face do macroeconômico custo dos direitos sociais (BARCELLOS, 2011, p. 114 e seguintes). E terceiro porque, a concessão de um direito individual previdenciário não previsto em política pública, que a priori, poderia revelar aplicação da dignidade da pessoa humana, na verdade, violaria a isonomia e, porque não dizer, a própria dignidade da pessoa humana em seu aspecto coletivo, porquanto, privilegiaria um em detrimento de outros que, por diversas circunstâncias, não tiveram condições de recorrer ao Judiciário para análise de uma contingência social a quem estavam submetidos.

Inclusive, na doutrina de Gustavo Amaral (2010, p. 146-147), não há como o Judiciário dimensionar a situação macroeconômica a partir da análise de um caso em concreto, pois, tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Se existe um custeio geral para o reconhecimento uniforme de direitos sociais, como justificar a utilização de um custeio geral para um caso específico, como ocorre nas intervenções do Poder Judiciário? A resposta é a primazia dos Poderes Legislativo e Executivo na consecução das políticas públicas de forma gradual e progressiva, de modo uniforme e para todos. (MEDEIROS JUNIOR, p.41).

Por outro lado, a legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo é apenas primeira, haja vista que, como não é possível ao Estado invocar a reserva do possível ou a seletividade como limitador da universalidade em face do núcleo essencial do direito social fundamental, não há dúvida de que o Poder Judiciário poderia intervir nessa garantia. Alexy (1999, p.203-214) argumenta que, na ponderação de princípios, a separação dos Poderes e a reserva do possível cederiam ao mínimo existencial, uma vez que deve existir um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais.

Se os direitos sociais devem ser garantidos por todos, o Estado – leia-se na sua concepção ampla – abrange os três poderes, o que incluiria o Judiciário, cuja legitimidade não seria decorrente do voto popular, mas do seu próprio poder político (BARROSO, 2012, p.10). Isto é, se a própria Constituição não delimita de forma concreta os direitos fundamentais, remetendo ao legislador ordinário tal função, esse conceito indeterminado também poderia ser analisado pelo Judiciário, atribuindo-lhe, mesmo que de maneira menor e excepcional, poder político, na hipótese de proteção funcional deficiente de um dos poderes em relação ao núcleo

essencial de um direito social. (GOMES, 1997, p. 120). E essa proteção funcional deficiente algumas vezes decorre da própria transferência de poder político do Legislativo para o Judiciário em matérias que o Legislativo, dada sua representação popular, não quer se indispor com o seu eleitorado.

Aliás, é necessário observar que a Teoria da Separação dos Poderes, em sua realidade atual, não visa que um Poder exerça sua função de forma absolutamente independente dos demais, como contenção de poder, a fim de evitar ser corrompido. Na mesma toada, Mendonça (2000, p. 45) argumenta que a divisão dos poderes foi para evitar tirania e não injustiça, competindo a todos os poderes a execução de políticas públicas, seja de forma pura ou entrecruzada. Os poderes, portanto, devem, em um mínimo e máximo de independência e com um número mínimo e máximo de instrumentos, favorecer a harmonia entre eles, de modo que o Poder Judiciário possa e deva atuar quando não há atuação correta de outro Poder - legalidade, pois essa atuação suplementar constitui uma característica de um Estado Democrático de Direito (FERRAZ, 1994, p. 14). E como proceder nesse desiderato?

A construção da norma jurídica não é mais aquela do positivismo tradicional de Kelsen (1999, p. 163). A lei não é mais a única fonte ou objeto do direito, não sendo mais o magistrado apenas a boca da lei como assentava Montesquieu. A própria concepção atual de constitucionalismo determina a interpretação da lei com base em todas as fontes disponíveis, como a analogia, o costume e os princípios gerais do direito. Desse modo, na aplicação do caso em concreto, dizendo o Direito, o magistrado, por determinação do legislador constituinte originário e ordinário (*non liquet* – art. 140 do CPC- e livre acesso ao judiciário - judicialização), pode e deve analisar casos decorrentes de omissão do Poder Público em matéria previdenciária.

Todavia, se entendermos que o Judiciário é legitimado para dizer o direito sempre em último caso (visão juriscêntrica), sem observar as escolhas dos outros Poderes – ativismo judicial, haverá não uma interdependência dele em relação aos demais, mas uma supremacia. A solução dos casos difíceis na seara previdenciária deve ser analisada com base na legislação ordinária emanada pelo Estado e na universalidade de cobertura e do atendimento ponderada pela seletividade – escolha do legislador firmada pelo prévio custeio, para elaboração da norma ao caso concreto. Nesse sentido, BEZERRA (2015, p. 142), referindo-se a GADAMER (2008, p. 432-433), fala que a tarefa de interpretação jurídica é a de concretizar a lei em cada caso sem poder se afastar dela.

Tais etapas são fundamentais para concluir se realmente há omissão ou escolha política justificadamente realizada, orientada pela dignidade da pessoa humana, isonomia e prévio custeio, haja vista que este último é expressão da seletividade e foi alçado pela Constituição a regra-condição da criação, extensão e majoração de benefícios previdenciários. Se as eventuais omissões/escolhas políticas não foram analisadas com base na universalidade, adotando-se a proporcionalidade seletiva, por serem os direitos sociais indeterminados, com base na igualdade (não isonomia) e dignidade da pessoa humana não ponderada, sempre existirá lacuna a ser preenchida, autorizando atuação desmedida do Poder Judiciário em afronta à separação dos poderes, vista de forma equilibrada.

A seletividade, segundo Rocha e Savaris (2019, p. 118), trata-se, antes, de uma seleção para melhor distribuição, isto é, seleção para redistribuição recursos em nome da igualdade (redução das desigualdades sociais e promoção da Justiça Sociais), cuja efetivação não ocorre individualmente, mas de modo coletivo por meio de políticas públicas, sob pena de se ocorrer uma atomização (individualização) de interesses sociais. Enfim, argumenta ainda Medeiros Junior (2018, p.58), quando se refere ao ativismo judicial, que o Juiz não deveria substituir a vontade do legislador, mas atuar em deferência a essa vontade, também denominada por Jeremy Waldron, dignidade da legislação, uma vez ser, o Legislativo, o foro adequado e legítimo para a expressão da vontade da maioria.

Assim, conclui-se pela possibilidade de atuação do Judiciário sobre as escolhas políticas securitárias: a) se houver publicização – através do controle de legalidade, a fim de que as mesmas sejam cumpridas -, cujos balizamentos devem ser realizados pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento e seletividade (prévio custeio), imprescindíveis para análise da problemática judicializada, levando-se em consideração a vontade do legislador; ou, b) se a efetivação dos direitos constitucionais sociais pelo Estado não considerar seu núcleo fundamental – controle político – constitucional, situação em que poderá se afastar o prévio custeio (reserva do possível). Feitas essas considerações, passa-se a analisar a possibilidade ou não de extensão do percentual de 25% sobre as aposentadorias não incapacitantes do regime geral de previdência social.

A discussão gira em torno do art. 45 da Lei n.º 8.213/91¹ e do Dec. 3.048/99. Isso porque, esses diplomas legais autorizam um acréscimo de 25% sobre o valor dos benefícios de

¹ Lei n.º 8.213/91. Art. 45. 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). Decreto 3.048/1999. Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de vinte e cinco por cento, observada a relação constante do Anexo I, e:

quem é aposentado por invalidez pelo Regime Geral de Previdência Social -RGPS e que necessite de assistência permanente de terceiros, entretanto, não o fazem em relação aos outros aposentados do mesmo regime, como os titulares de aposentadorias não incapacitantes².

Em razão disso, com o aumento da expectativa de sobrevida, acarretando maior incidência de doenças neurológicas graves, estes outros aposentados, quando em idade avançada, se viram na mesma situação de necessidade de assistência permanente de um terceiro, o que levou a judicialização da problemática, exigindo do Poder Público tratamento isonômico em relação aos aposentados por invalidez. Ou seja, os aposentados por tempo de contribuição, idade e detentores de aposentadoria especial invocaram dispositivo legal que favorecia os aposentados por invalidez, para que os primeiros tivessem também direito ao acréscimo de 25% sobre suas aposentadorias na hipótese de dependência permanente de terceiros.

A fundamentação partiu do princípio da isonomia, no sentido de que, se todos os aposentados estavam na mesma situação fática – acometidos de doença que exige gastos maiores por dependência de terceiros – não haveria motivo para tratamento diferenciado, sob pena de se violar também a dignidade da pessoa humana (*ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio* - onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito – REALE JUNIOR, 2001, p. 278)

Rocha e Savaris (2019, p. 379), lecionam que, inicialmente, não se vislumbraria qualquer justificativa plausível para a discriminação de segurados inválidos que dependam de assistência permanente de outra pessoa e que são titulares de aposentadorias espontâneas, daqueles segurados aposentados por invalidez, concluindo pela afronta ao princípio da isonomia. Em reforço, argumentam que existiria também uma violação ao princípio da proteção eficiente, corolário do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, havendo lacuna legal que poderia ser suprida pelo Poder Judiciário, dentro de sua competência constitucional e legal (art. 4º da LINDB).

Por fim, com a Convenção de Nova York sobre pessoas com deficiência, incorporada ao ordenamento jurídico como norma de *status* constitucional por força do art. 5º, § 3º, da Constituição da República, não haveria como uma norma infraconstitucional – art. 45 da Lei 8.213/91 - tratar os deficientes de forma desigual. Inclusive, foi esse o argumento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 1.648.305-RS³, submetido à sistemática dos

² Atualmente, com a publicação da EC 103/2019, foram fundidas as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição no RGPS, no entanto, em face do direito adquirido, ainda irá permanecer a discussão sobre o direito ao acréscimo a quem se aposentou pelas regras anteriores.

³ “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

recursos repetitivos, que fixou a seguinte tese: *Comprovadas 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*⁴.

É necessário ressaltar que o Egrégio STJ, sobre a natureza jurídica do acréscimo de 25%, entendeu se tratar de verba assistencial, porquanto, não havia contribuição específica para o seu pagamento, afastando eventual violação ao princípio do prévio custeio.

Todavia, mesmo considerando a situação vulnerável dos detentores de aposentadoria não incapacitante dependentes de terceiros e a argumentação consistente do Superior Tribunal de Justiça conferida ao caso no Recurso Especial supracitado, entendemos que a solução da querela deve passar por etapas objetivas de interpretação para se evitar adoção de subjetivismo arbitrário na ponderação de princípios constitucionais.

O fundamento parte do pressuposto de que os direitos fundamentais possuem densidade normativa indeterminada e possuem custo considerável, por isso, devem ser implementados de modo gradual e progressivo, por meio de políticas públicas, dado o seu caráter macro, com primazia do Poder Legislativo e Executivo nessa implementação. Portanto, somente de forma excepcional, o controle judicial deve ser realizado, pautado pela garantia do núcleo essencial do direito fundamental envolvido ou controle de legalidade de política pública institucionalizada.

Na situação posta, cumpre-se indagar: A natureza assistencial do acréscimo dos 25% sobre a aposentadoria por invalidez impede a incidência da observância à regra do prévio custeio? Certamente que não. Ora, a regra do prévio custeio é pertencente à Seguridade Social, da qual fazem parte a Saúde, Assistência e Previdência. Além disso, o referido acréscimo é devido nos casos de aposentadoria por Invalidez, benefício previdenciário que decorre de contribuição direta. O fato de pode ser pago acima do teto de contribuição não afasta sua natureza previdenciária. Como o sistema é solidário, parte do fundo previdenciário é destinado

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. A 1ª Seção desta Corte, em mais de uma oportunidade, prestigiou os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia com vista a iluminar e desvendar a adequada interpretação de dispositivos legais (REsp n. 1.355.052/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 05.11.2015 e do REsp n. 1.411.258/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.02.2018, ambos submetidos ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973)." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1648305. 1ª Seção. Relª. p/ acórdão. Minª Regina Helena Costa. Dj. 26/09/2018. Disponível: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1648305&repetitivos=JULGADO+E+CONFORME+E+%22RECURSOS+REPETITIVOS%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso. 16. Nov. 2019.

⁴ É importante destacar que, muito embora já exista decisão do STJ em recurso repetitivo, o tema está suspenso por pendência de apreciação junto ao STF na PET 8002.

a quem mais necessita, que, na situação aqui tratada, são os aposentados por invalidez que precisam de assistência permanente de terceiros.

Contudo, como já assentado, o prévio custeio não poderia ser invocado em face da garantia do núcleo essencial do direito social discutido. Desta feita, questiona-se: o legislador garantiu núcleo essencial do direito social aos aposentados sem ser por invalidez, nos termos dos arts. 6 e 201 da Constituição Federal? A resposta é afirmativa, visto que esses segurados que pleiteiam o auxílio-acompanhante já são detentores de uma aposentadoria. O auxílio-acompanhante é um acréscimo à aposentadoria já paga, sendo um *plus*, e, portanto, não ingressa no mínimo existencial. Por isso, garantido núcleo essencial aos aposentados por meio de sua aposentadoria, a concessão do acréscimo de 25% a todos os aposentados de forma irrestrita, viola o art. 195, § 5º, do Diploma Constitucional, por se tratar de majoração de benefício, exigindo-se o prévio custeio.

É bem verdade que alguns autores, como é o caso de Rocha e Savaris, defendem que o art. 195, §5º, teria sua aplicação destinada apenas ao legislador, no entanto, se ao Poder Legislativo é conferida primazia na implementação dos direitos sociais, podendo o Poder Judiciário atuar em substituição a ele excepcionalmente, todas as vedações, por óbvio, devem ser atribuídas também ao poder substituidor. (2019, p. 134-136).

Quanto à questão do controle da política pública institucionalizada, observa-se que, como afirmado pelo STJ, existe uma política previdenciária de concessão de aposentadoria. Tanto o inválido como os outros segurados da previdência possuem garantido o direito de aposentação. A discussão seria então se essa proteção previdenciária seria insuficiente ao aposentado não inválido, existindo omissão desmotivada pelo Poder Legislativo, no que toca ao acréscimo de 25%. A nosso ver, não haveria omissão juridicamente imotivada – proteção deficiente, devendo ser levado em consideração a opção do legislador em razão do princípio da separação dos poderes, seletividade e prévio custeio.

É fato que o próprio legislador entendeu que, em razão da universalização, foi destinado um valor extra para complementar a aposentadoria daquele acometido de invalidez. Entretanto, o legislador não fez isso de modo a privilegiar esse aposentado em detrimento dos outros, mas sim, por força da isonomia, selecionando o aposentado que se encontrava em situação de maior vulnerabilidade social. Com efeito, a proteção do aposentado inválido é qualificada pelo art. 45 da Lei nº 8.213/91, uma vez que visa cobrir situação repentina e relevante sofrida pelo segurado que perde sua capacidade laboral, sem perspectiva de retorno ao labor. Este aposentado acometido de doença grave, por sua própria situação, não pode mais trabalhar nem constituir

renda para o futuro, quando precisará mais de uma subsistência digna, porquanto as doenças tendem a se agravar com o avanço da idade.

Já os outros aposentados que laboram até a aposentação, além de poder continuar a laborar depois, puderam constituir reserva financeira apta a debelar eventual problema de saúde surgido posteriormente ao benefício e decorrente da idade avançada.

O tratamento diferenciado é pertinente e adequado, no momento em que existem critérios próprios para fins de manutenção do RGPS, que não podem ser desconsiderados, especialmente porque tal sistema está a atender a própria regra constitucional que aponta os eventos protegidos e a necessidade de regulação dos mesmos por lei própria, em face da seletividade. O próprio texto constitucional indica a possibilidade de fixação de requisitos e critérios diferenciados para concessão de benefício, conforme se apura do art. 201, § 1º, da Constituição Federal. Por isso, argumentar que todos os segurados do RGPS são iguais, para fins de percepção de um adicional sobre o benefício de aposentadoria que é restrito a determinada situação e exceção ao regime contributivo, não corresponde ao que consta tanto da Constituição Federal, quanto da legislação ordinária.

Inclusive, antes da Lei 8.213/91, o acréscimo de 25% somente era garantido aos aposentados por invalidez que decorresse de acidente de trabalho, tendo havido universalização para estender o referido acréscimo para todos os casos de aposentadoria incapacitante. Se toda situação de omissão ou de tratamento diferenciado pudesse ser objeto de discussão por violar a isonomia, teriam direito ao acréscimo de 25% não apenas os aposentados, mas os beneficiários de auxílio-doença, pensão por morte, auxílio-reclusão e do benefício assistencial da Lei Orgânica da Assistência Social que dependessem de terceiro. Na mesma linha, o decidido monocraticamente pelo Min. Alexandre de Moraes ARE 1218606⁵.

Na seara previdenciária, o que ocorre em face dos direitos sociais por conta de sua positividade e indeterminabilidade, sempre é uma omissão, que pode ser: a) parcial - decorrente da implementação gradual/progressiva de um direito social; ou b) total pela ausência de implementação de um determinado direito social. Se não houver implemento total ou parcial do direito e decorrer de núcleo essencial mínimo, deve o Poder Público providenciar a sua implementação, não podendo se alegar, como visto, a reserva do possível. Já se houver implemento parcial, o que deve ser analisado é: Foi garantido o núcleo essencial? Se sim, por que não foi garantida a implementação total? Houve justificativa do Poder Legislativo?

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 1218606. 1ª Turma. Rel. Min. AlexandedeMoraes.Dj.01/08/2019.Disponível:<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5722406>: Acesso em 16 jun. 2019.

Como a implementação do direito social é garantida por uma regra, que possui caráter de definitividade, segundo lição de Silva (2010, p.45-52), a parte do direito não satisfeita pela norma entra em conflito com um princípio de direito social universalizador, gerando um conflito aparente entre ele e a regra. A resolução, conforme esclarece o autor, ocorre não entre a regra e o princípio, já que a primeira não pode ser objeto de sopesamento, mas entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia, analisando-se a ponderação com base na escolha do legislador e não de modo subjetivo moral ou pessoal. A mera discordância do magistrado da escolha do legislador não se apresenta como plano de legalidade ou constitucionalidade, e sim de mera vontade, não sendo possível prevalecer, por ser contramajoritário, acarretando arbitrariedade na decisão. Deve existir responsabilidade política na decisão do Judiciário. (MEDEIROS JUNIOR, 2018. p. 60)

Diante disso, verificando colisão entre o princípio que fundamenta a norma questionada (seletividade e prévio custeio) e o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, e havendo justificativa plausível para a escolha do legislador, entende-se que a primeira (seletividade) deve prevalecer, de forma que não pode o Poder Judiciário estender o auxílio-acompanhante a outros aposentados que não àqueles determinados na Lei 8.213/91. O benefício poderá até ser estendido aos detentores de outras espécies de aposentadoria não incapacitantes, no entanto, cabe ao Congresso Nacional, legítimo representante popular, alterar a lei e indicar a prévia fonte de custeio para essa universalização.

CONCLUSÕES

Ante o exposto, conclui-se que a efetivação dos direitos sociais previdenciários ocorre de modo gradual e progressivo por meio de políticas públicas, tendo como legitimados, a priori, os Poderes Legislativo e Executivo, em razão da representação majoritária e da competência macro na aplicação dos recursos públicos. Excepcionalmente, o Judiciário poderá intervir, se houver institucionalização da política pública previdenciária, controlando a legalidade; ou por meio do controle político-constitucional, se a efetivação dos direitos constitucionais sociais pelo Estado não considerar seu núcleo fundamental, situação apta a afastar o prévio custeio (reserva do possível). Se houver garantia do núcleo essencial ou fundamentação jurídica razoável para seleção do risco social em face do prévio custeio, a vontade da lei/legislador na concretização da norma, deve orientar/limitar o aplicador do direito. É possível que o intérprete não concorde com a opção do legislador, contudo, essa opção apenas é possível se restar

demonstrado que a norma objeto da discussão é absolutamente desarrazoada, cuja inconstitucionalidade é clara por força dos princípios constitucionais incidentes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução. Virgílio Afonso da Silva. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. A Advocacia Geral da União e as Políticas Públicas: um estudo acerca da defesa judicial da União, no marco constitucional do Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em direito, Centro Universitário de Brasília – CEUB, Brasília, DF, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.2012.<https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> acesso em: 15 de novembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1648305. 1ª Seção. Rel.^a p/ Acórdão. Min.^a Regina Helena Costa. Dj.26/09/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2019>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário 1218606. 1ª Turma. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Dj.01/08/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2019>.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes ; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha, Conflito entre poderes. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1994.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo, MARTINS FONTES, 1999.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo de. Processo Estrutural Consequencialista: A intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade do Estado por ato violador da isonomia: a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada em face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo, Saraiva, 2001.

ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. Direito Previdenciário: Fundamentos de Interpretação e Aplicação. ed. Curitiba: Auteridade, 2019.

SAVARIS, José Antônio. Direito Processual Previdenciário. 7. ed. Curitiba: Auteridade, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.