

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO ADICIONAL
DE 25% APLICÁVEL À APOSENTADORIA POR
INVALIDEZ ÀS DEMAIS APOSENTADORIAS DO
REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Gabriel Lovato de Oliveira

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO ADICIONAL DE
25% APLICÁVEL À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ÀS
DEMAIS APOSENTADORIAS DO REGIME GERAL DE
PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Gabriel Lovato de Oliveira

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Profa. Ma. Waleska Mendes Cardoso

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO ADICIONAL DE 25%
APLICÁVEL À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ÀS DEMAIS
APOSENTADORIAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

elaborada por
Gabriel Lovato de Oliveira

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Profa. Ma. Waleska Mendes Cardoso
(Presidente/Orientadora)

Prof. Me. Alberto Barreto Goerch
(Universidade Federal de Santa Maria)

Profa. Dra. Giuliana Redin
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 01 de dezembro de 2014.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à minha família, Milton Otávio de Oliveira, Regina Beatriz Lovato de Oliveira e Amanda Lovato de Oliveira, pelo amor, carinho e apoio incondicional.

À minha namorada, Júlia Perurena, por seu amor, carinho e companheirismo, possibilitando que a passagem pela graduação não ficasse marcada apenas no aspecto profissional.

À minha orientadora, Profa. Waleska Mendes Cardoso, por ter aceitado a missão de me orientar no presente trabalho monográfico e ter, efetivamente, feito jus à denominação de Orientadora.

RESUMO
Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

**A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO ADICIONAL DE
25% APLICÁVEL À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ÀS
DEMAIS APOSENTADORIAS DO REGIME GERAL DE
PREVIDÊNCIA SOCIAL**

AUTOR: GABRIEL LOVATO DE OLIVEIRA

ORIENTADORA: WALESKA MENDES CARDOSO

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 01 de dezembro de 2014.

O presente trabalho tem como escopo investigar a possibilidade de extensão do adicional de 25%, comumente aplicado apenas ao valor da aposentadoria por invalidez, às demais aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social, tendo em vista o risco social coberto por tal benefício, qual seja, a necessidade de auxílio permanente de outra pessoa para a realização das atividades cotidianas por parte do aposentado, haja vista seu acometimento por grande invalidez. A pesquisa partirá da análise dos diferentes entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, para após perquirir se a ausência de norma que regulamente a concessão do adicional aos aposentados por idade, tempo de contribuição e tempo especial constitui lacuna normativa, bem como se há necessidade de emprestar interpretação conforme à Constituição ao dispositivo legal que prevê o acréscimo (artigo 45 da Lei 8.213/91). O estudo está dividido em dois capítulos, sendo que no primeiro será caracterizado o adicional de 25%, apresentada a problemática por meio da divergência jurisprudencial e traçado o referencial teórico para a discussão; já no segundo será diretamente respondido o problema de pesquisa, demonstrando a possibilidade de extensão do adicional por meio da utilização da analogia, ante a existência de lacuna, e por meio da interpretação conforme a Constituição, visto a ofensa ao princípio constitucional da isonomia perpetrada pela interpretação literal e taxativa do artigo 45 da Lei 8.213/91.

Palavras-Chaves: Aposentadoria. Grande invalidez. Extensão. Lacuna. Interpretação conforme a Constituição.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE POSSIBILITY OF GRANTING ADDITIONAL 25% OF THE APPLICABLE TO OTHER RETIREMENT FOR DISABILITY RETIREMENT SYSTEM OF THE GENERAL WELFARE

Author: GABRIEL LOVATO DE OLIVEIRA

Adviser: WALESKA MENDES CARDOSO

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December, 01, 2014.

This work has the objective to investigate the possibility of extending the additional 25%, commonly applied only to the amount of disability retirement, the other retirements General Social Welfare, in view of the social risk covered by this benefit, which is the need for ongoing assistance of another person to perform daily activities by the retiree, given its involvement in major disability. The search will start from the analysis of different jurisprudential understandings on the subject, for to assert themselves after the lack of standard governing the granting of additional retirees by age, contribution time and particular time constitutes regulatory gap, as well as no need to borrow interpretation according to the Constitution the legal device that provides the extra (article 45 of Law 8.213 / 91). The study is divided into two chapters, the first of which will be featured additional 25%, the problem presented by jurisprudential divergence and trace the theoretical framework for the discussion; in the second will be directly answered the research problem, demonstrating the possibility of further extension through the use of analogy, given the existence of gap, and by means of interpretation according to the Constitution, since the offense to the constitutional principle of equality perpetrated by literal and exhaustive interpretation of Article 45 of Law 8.213 / 91.

Key Words: Retirement. Severe disablement. Extension. Gap. Interpretation according to the Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 O ADICIONAL DE 25% SOBRE O VALOR DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO: APRESENTANDO A PROBLEMÁTICA	09
1.1 O adicional de 25%: conceituação, características e hipóteses de cabimento	09
1.2 Da divergência jurisprudencial quanto à extensão do adicional	14
1.3 Aportes teóricos para a discussão: considerações sobre lacuna normativa e interpretação conforme a Constituição.....	27
1.3.1 Lacuna normativa: considerações teóricas.....	29
1.3.2 Interpretação conforme a Constituição: considerações teóricas.....	38
2 A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ADICIONAL DE 25% SOB A ÓTICA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
2.1 A aplicação judicial do Direito Previdenciário como medida de efetivação de direitos fundamentais.	44
2.2 Da existência de lacuna e de sua colmatação por meio da analogia	49
2.3 Da extensão do adicional por meio da interpretação conforme a Constituição.....	54
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

A lei 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, traz em seu artigo 45 a possibilidade de concessão de adicional de 25% sobre o valor do benefício de aposentadoria por invalidez para os aposentados que necessitem de auxílio permanente de terceiros para a realização de atividades cotidianas, tendo em vista o acometimento por invalidez de tal monta que impeça a realização de atividades básicas como alimentar-se e higienizar-se de forma independente. Tal acréscimo tem como fundamento possibilitar a manutenção de acompanhante junto do aposentado, tendo em vista a indispensabilidade de seu auxílio.

Ocorre que não apenas os aposentados por invalidez podem ser acometidos por patologias que os tornem incapazes para atos da vida cotidiana, fazendo com que necessitem de auxílio permanente de outra pessoa. Porém, aposentados por idade, por tempo de contribuição e por tempo especial que também venham, posteriormente à aposentadoria, a se tornar incapazes, necessitando de auxílio permanente de terceiros, não têm direito à majoração do benefício, segundo a leitura literal do dispositivo legal. Não por outro motivo, o pedido de concessão do referido adicional ao valor das demais aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que não a por invalidez, vem sendo, sem exceção, negado pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Tal negativa reverbera em inúmeros processos judiciais, sendo divergente a jurisprudência quanto à possibilidade de concessão ou não dos 25% a outra espécie de aposentação que não a por invalidez.

Assim, a partir da análise das razões de decidir declinadas no reexame necessário cível de nº 0023183-70.2013.404.9999, que tramitou no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que foi proferida decisão paradigmática, no sentido de conceder o adicional à segurada inválida aposentada por idade, e na ação civil pública nº 5016675-53.2014.404.7100/RS, ajuizada pelo Ministério Público Federal utilizando a decisão do reexame como precedente, em que se pretendia a extensão do adicional a todas as aposentadorias, na qual foi prolatada sentença de improcedência, o presente trabalho tem como finalidade perquirir acerca da possibilidade de concessão do adicional de 25% sobre o valor do benefício às

demais aposentadorias que não apenas a aposentadoria por invalidez. Para tanto, serão investigadas a ocorrência de lacuna normativa e de inconstitucionalidade no caso em apreço, ambas as possibilidades aventadas pela jurisprudência.

O método de abordagem que será utilizado é o dedutivo, investigando o objeto de pesquisa a partir de suas contradições, dos divergentes entendimentos jurisprudenciais sobre a possibilidade de extensão do adicional a todas as espécies de jubramento previstas no RGPS. Já o método de procedimento utilizado será o monográfico, sendo o objeto do trabalho analisado por meio de pesquisa bibliográfica e análise de jurisprudência.

Tal pesquisa afigura-se pertinente tendo em vista o caráter eminentemente social das normas de Direito Previdenciário, especialmente aquelas atinentes à cobertura de riscos sociais próprios de grupos vulneráveis, tais como os deficientes – ou “inválidos”, na linguagem previdenciária – e os idosos. Além disso, a atualidade do problema – ambas as decisões anteriormente referidas são datadas do corrente ano –, assim como a possibilidade de contribuir para o debate, tendo em vista a escassez de literatura específica e a necessidade de não deixar a discussão adstrita apenas aos tribunais, aliada à sua importância social, justificam a relevância do presente estudo.

Igualmente, as experiências como estagiário na 1ª Vara Federal de Santa Maria – especializada em Direito Previdenciário – e na Defensoria Pública da União foram fatores importantes para a escolha do tema, visto o enfrentamento de tal celeuma na prática cotidiana e a necessidade de buscar resposta adequada aos ditames constitucionais.

O trabalho subdividir-se em dois capítulos. No primeiro são apresentados o conceito, as características e as hipóteses de incidência do acréscimo, assim como são delineadas a divergência jurisprudencial e as considerações teóricas sobre o instituto das lacunas normativas e da interpretação conforme a Constituição, que servirão de aporte teórico para a investigação. No segundo, busca-se responder diretamente ao problema de pesquisa, utilizando como baliza a necessidade de efetivação de direitos fundamentais, para perquirir sobre a efetiva ocorrência de lacuna quanto à aplicação do adicional às demais aposentadorias e a possibilidade de extensão do adicional por meio da interpretação conforme a Constituição do artigo 45 da Lei 8.213/91.

1 O ADICIONAL DE 25% SOBRE O VALOR DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO: APRESENTANDO A PROBLEMÁTICA

Antes de tratar especificamente da problemática acerca da possibilidade de concessão do adicional de 25% sobre o valor do benefício às demais aposentadorias que não apenas a aposentadoria por invalidez, faz-se necessário delinear o instituto e apresentar o estado da arte das discussões jurisprudenciais que versam sobre o tema, sobretudo no que tange à discussão acerca da ocorrência de lacuna normativa ou de inconstitucionalidade em tais casos.

Assim, no presente capítulo serão apresentadas a previsão legal do adicional, suas características e hipóteses de cabimento, bem como serão demonstrados os entendimentos jurisprudenciais sobre a temática, a partir da exposição das razões de decidir de dois processos distintos, um com pedido julgado procedente e outro com pedido julgado improcedente. Ao final, será abordado o aporte teórico da discussão, conceituando os institutos da lacuna e da interpretação conforme a Constituição.

1.1 O adicional de 25%: conceituação, características e hipóteses de cabimento

O adicional de 25% sobre o valor da aposentadoria por invalidez, também conhecido como adicional de “grande invalidez”¹, “complemento de acompanhante”² ou “aposentadoria valetudinária”³, está previsto no artigo 45 da Lei 8.213/91⁴, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social (Lei de Benefícios).

¹ PULINO, Daniel. **A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.E-book. ISBN 8536100141, p.103.

² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca, p.578.

³ ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2009, p. 383.

⁴ 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).” BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras

O citado dispositivo legal prevê a possibilidade de majoração do valor do benefício do aposentado por invalidez que, tendo em vista o grau de incapacidade que o acomete, necessita de auxílio permanente de outra pessoa para os afazeres do dia a dia.

Daniel Pulino considera o referido instituto jurídico não apenas como um adicional a ser aplicado ao valor da aposentadoria por invalidez, mas como um benefício específico, com estrutura própria:

[...] haveremos de concluir que, sob a mesma denominação “aposentadoria por invalidez”, a Lei n. 8.213/91 comporta *pele menos três tipos de benefícios previdenciários diferentes*, que se destinam a proteger a invalidez: um relativo à *aposentadoria por invalidez* em sentido próprio; outro, referente ao benefício por *grande invalidez* e, finalmente, aquele destinado a proteger a situação de necessidade social sentida pelo aposentado que, após recuperar a capacidade, encontrará, em certos casos, dificuldade de reintroduzir-se no mercado de trabalho (que denominaremos *de benefício por recuperação da capacidade de trabalho*). Cada um deles constitui verdadeira prestação previdenciária, e como tal decorre de normas-padrão de incidência de estrutura distinta⁵.

Em que pese estar situado topograficamente na subseção que trata da aposentadoria por invalidez, o complemento de acompanhante possui regras próprias: é devido ainda que o valor da aposentadoria sobre o qual incide atinja o teto da Previdência, é recalculado quando reajustado o benefício que lhe deu origem e cessa com a morte do beneficiário – trata-se de direito personalíssimo –, não se incorporando à pensão, tudo consoante o parágrafo único do já referido artigo 45 da Lei 8.213/91⁶.

As situações em que o segurado terá direito à majoração do benefício em 25% são listadas no Anexo I do Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), sendo elas:

1 - Cegueira total. 2 - Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta. 3 - Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores. 4 - Perda dos

providências. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 01 set. 2014

⁵ PULINO, Daniel. **A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.E-book. ISBN 8536100141, p. 62, grifos do autor.

⁶ Art. 45. [...] Parágrafo único. “O acréscimo de que trata este artigo: a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal; b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado; c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão.” BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 01 set. 2014.

membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível. 5 - Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível. 6 - Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível. 7 - Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social. 8 - Doença que exija permanência contínua no leito. 9 - Incapacidade permanente para as atividades da vida diária.⁷

Marina Vasques Duarte ressalta que tal relação não pode ser considerada exaustiva, “pois há outras situações que também levam o aposentado a necessitar de assistência permanente. A perícia médica é que deverá comprovar a incidência da hipótese em questão”⁸.

Por óbvio, o regulamento não prevê todas as situações passíveis de incapacitar o segurado para os atos da vida cotidiana, sendo a perícia médica imprescindível para determinar sua ocorrência. João Vianna observa tal característica, ao asseverar que a constatação da grande invalidez depende da análise do caso concreto, sendo que o próprio item “9” do Anexo I do Decreto 3.048/99, que remete a qualquer situação de incapacidade permanente para os atos cotidianos, demonstra o caráter exemplificativo do rol, visto se tratar de conceito aberto⁹.

Assim como os demais doutrinadores, o já citado Daniel Pulino, ao referir o conceito de grande invalidez, acentua a importância do exame médico pericial, além de ilustrar, com exemplo retirado da jurisprudência, hipótese de ocorrência de incapacidade para as atividades cotidianas:

A necessidade sentida pelo segurado nos casos de grande invalidez consiste em não ser ele capaz de realizar, por si, as atividades exigidas *no dia a dia de sua vida*. Vê-se, portanto, que o parâmetro a ser levado em conta pela perícia, aqui, implica um *grande acréscimo* na perspectiva médico-pericial que se opera para referir a aposentadoria por invalidez, na qual se tem em mira, *apenas*, a capacidade de ganho do trabalhador. Essa diferença pode ser notada em decisões judiciais, das quais é expressiva a seguinte: “sintetizando, não tem condições o autor de fechar ou abrir uma janela, trocar uma lâmpada ou até mesmo descascar alimentos em pé. Como se vê, não há como sustentar a afirmação de que seja autossuficiente, principalmente se se considerar que com 31 anos de idade perdeu totalmente sua capacidade laborativa, possuindo maior

⁷ BRASIL. Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 mai. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm> Acesso em: 02 set. 2014.

⁸ DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 230.

⁹ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca, p.491.

restrição física que um cego, como, a propósito, deixaram evidenciado os peritos que atuaram no feito¹⁰.

Bastante elucidativa, para melhor compreender o conceito de “atividade da vida diária”, é a definição efetuada pelo Tribunal Superior da Espanha, também citada por Pulino, que entende por ato essencial para a vida aquele que

[...] conduz à satisfação de uma necessidade primária e iniludível para poder subsistir fisiologicamente ou para exercer aqueles atos indispensáveis à manutenção da dignidade, higiene e decoro exigidos para a convivência humana¹¹.

Assim, verifica-se que a concessão do adicional de 25% possui como requisitos básicos (i) a existência de invalidez – visto a menção à aposentadoria por invalidez no texto legal – e (ii) que a invalidez seja de tal monta que impossibilite ao segurado satisfazer suas necessidades básicas sem o auxílio de outra pessoa, não ficando a análise restrita apenas à capacidade/incapacidade de exercer atividades laborativas, portanto.

É consabido que a Previdência Social possui como objetivo a proteção dos segurados contra determinados riscos sociais – entendidos estes como os infortúnios que impedem o segurado, por meio do trabalho próprio, de prover a sua manutenção e a de seus familiares¹² –, sendo que para cada adversidade existente é criado um benefício para enfrentá-la, visando ao bem-estar do cidadão previdente.

No caso do instituto em comento, a contingência coberta é a necessidade de auxílio permanente de terceiros. Isto demonstra que o adicional foi criado com o intuito de ressarcir os gastos do segurado aposentado com a remuneração/manutenção do acompanhante.

O fato de o acompanhante ser contratado para prestar o auxílio ou fazê-lo gratuitamente, em razão de laços familiares ou motivos outros, não é relevante para determinar o direito à concessão da majoração. Conforme anotam André Studart Leitão e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho é “irrelevante saber se ela [assistência permanente de terceiro] é prestada por um membro da família ou por um cuidador profissional”¹³.

¹⁰ PULINO, Daniel. **A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001. E-book. ISBN 8536100141, p.104, grifos do autor.

¹¹ *Ibidem*.

¹² COELHO NETO, Ubirajara. **Direito Constitucional Previdenciário: princípios e evolução no direito brasileiro**. Palmas: Edição do Autor, 2008, p.47.

¹³ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. **Manual de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca, p.320.

Não é realizada diferenciação, pois em ambos os casos há gastos a serem suportados. O acompanhante não remunerado é normalmente alguém da família do necessitado, sendo que, ante a indispensabilidade de seu auxílio, acaba por não ter condições de realizar atividade laborativa e, por consequência, auxiliar na manutenção das despesas domiciliares. Assim, os gastos são presumidos, razão pela qual não há necessidade de comprová-los para fazer jus à majoração.

Quanto à renda mensal de benefício, ou seja, o valor que será pago mensalmente ao aposentado, este pode ultrapassar o teto da previdência no caso da concessão do adicional de 25%, ante o permissivo constante no artigo 33 da Lei 8.213/91¹⁴.

Essa possibilidade, visto se tratar de uma exceção, vem a demonstrar a preocupação do legislador com a devida compensação financeira do segurado. O referido auxílio pecuniário, como dito, tem como mote impedir, ou ao menos mitigar, as perdas financeiras provenientes da necessidade de acompanhamento permanente, o que acaba por emprestar-lhe uma coloração assistencial.

Outra característica que reforça o caráter assistencial do adicional de grande invalidez é a ausência de contribuição específica, proveniente da ausência de menção legislativa sobre fonte de custeio, como ressaltam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

No caso, não se aplica a necessidade de prévia fonte de custeio (art.195, §5º, da Constituição Federal), pois no sistema não há contribuição específica para a concessão do adicional para o aposentado por invalidez¹⁵.

O fato de não existir contribuição específica para o custeio do adicional de 25% demonstra que ele é prestado pelo Estado utilizando-se como critério apenas a necessidade dos requerentes, assim como ocorre com os benefícios assistenciais, por isso equipara-se a estes.

Delineados os contornos do adicional de grande invalidez, verifica-se que a norma insculpida no artigo 45 da Lei 8.213/91 é de suma importância para a

¹⁴ Art. 33. "A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no art. 45 desta Lei." BRASIL. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 03 set. 2014.

¹⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca, p.579.

manutenção da própria vida dos segurados inválidos, os quais, sem o auxílio de terceira pessoa, sequer sobreviveriam. O complemento pecuniário é imprescindível justamente para que seja garantida a existência digna do aposentado inválido, em observância ao basilar princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é por outro motivo que a limitação do pagamento do adicional apenas aos aposentados por invalidez, excluindo os jubilados pelas demais espécies de aposentação que posteriormente são acometidos de “grande invalidez” a ponto de necessitar de auxílio permanente, vem sendo posta em xeque atualmente.

A possibilidade de extensão do adicional aos jubilados por outra espécie de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social -- por tempo de contribuição, por idade, ou por tempo especial -- vem sendo posta em discussão perante o Poder Judiciário ao argumento de que a discriminação entre os aposentados não encontra assento constitucional, havendo necessidade de realizar-se interpretação conforme a Constituição -- ou interpretação integrativa, ante a existência de suposta lacuna -- para possibilitar a extensão da majoração.

Colocadas tais questões, passa-se a tratar da jurisprudência pertinente à temática, com o fito de expor os argumentos favoráveis e contrários à extensão da aplicação do adicional de grande invalidez às demais aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social.

1.2 Da divergência jurisprudencial quanto à extensão do adicional

Na seara da jurisprudência, há decisões contrárias e favoráveis à extensão do adicional às demais aposentadorias.

Pode-se afirmar com certo grau de certeza, tendo em vista a praxe, que o entendimento majoritário nos tribunais é o da impossibilidade de concessão do adicional sobre o valor de aposentadoria outra que não a por invalidez.

Corroborata tal afirmação o fato de, como expressado pelo Juiz Federal Carlos Felipe Komorowski¹⁶, a jurisprudência dos cinco Tribunais Regionais Federais ser

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Sentença de improcedência do pedido de concessão do adicional do art.45 da Lei 8.213/91 a todos os aposentados e pensionistas que necessitem da assistência permanente de outra pessoa.** Ação Civil Pública nº 5016675-

praticamente uníssona nesse sentido, entendendo ser exclusividade dos aposentados por invalidez o gozo do adicional ao benefício.

Seguindo a mesma linha, o juízo da 1ª Vara Federal de Santa Maria/RS, especializada em Direito Previdenciário, também consolidou esse posicionamento. Atualmente, o pleito de extensão do adicional tem sido julgado improcedente de plano, nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil¹⁷, que permite a chamada “improcedência liminar” nos casos em que a demanda trate exclusivamente de matéria de direito e o juízo já tiver proferido sentença de total improcedência em casos idênticos, o que possibilita, até mesmo, a dispensa da citação do Instituto Nacional do Seguro Social.

Sendo os juízos favoráveis minoria, é paradigmática a decisão proferida nos autos do reexame necessário cível de nº 0023183-70.2013.404.9999/RS, que tramitou no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e concedeu a majoração à segurada aposentada por idade que dependia do auxílio permanente de terceiros.

No citado processo houve a interposição de recurso especial e recurso extraordinário por parte do Instituto Nacional do Seguro Social, porém ambos foram inadmitidos pelo vice-presidente do Tribunal Regional Federal, Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado.

A inadmissão do recurso especial se deu com base na súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça¹⁸, que veda o conhecimento de recurso em casos nos quais se pretenda apenas reexame de prova.

O recurso extraordinário, por sua vez, foi inadmitido com fundamento na ausência de violação à cláusula de reserva de plenário, argumento utilizado pela autarquia federal para a interposição do recurso, bem como na súmula 279 do

53.2014.404.7100/RS. Ministério Público Federal e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Juiz Federal Carlos Felipe Komorowski. 30 mai. 2014. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-nega-estender-adicional.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2014.

¹⁷ Art. 285-A. “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 de jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 07**. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0007.htm>. Acesso em: 24 set. 2014

Supremo Tribunal Federal¹⁹, que, à semelhança da súmula anteriormente citada, mas no âmbito do Pretório Excelso, impossibilita o recebimento de recurso em casos de reexame do conjunto probatório.

A decisão, tendo em vista seu caráter inovador, impulsionou o debate jurisprudencial acerca da temática, tendo levado o Ministério Público Federal a ajuizar ação civil pública (nº 5016675-53.2014.404.7100/RS) objetivando a concessão do adicional de grande invalidez às demais espécies de aposentadoria e, inclusive, à pensão por morte. Porém, em primeira instância, o julgamento foi de improcedência do pleito, tendo o *Parquet* Federal interposto recurso de apelação, atualmente à espera de julgamento.

Delineado o panorama atual da divergência jurisprudencial, passa-se a investigar de maneira mais acurada os fundamentos utilizados pelos julgadores para decidir a questão.

Serão analisadas as razões de decidir em ambos os processos²⁰, partindo-se da sentença de improcedência prolatada nos autos da ação civil pública 5016675-53.2014.404.7100/RS.

O Ministério Público Federal ajuizou a sobredita ação pleiteando que o Instituto Nacional do Seguro Social fosse condenado a conceder o adicional de grande invalidez para todos os aposentados e pensionistas que necessitassem de auxílio permanente de terceiros. As causas de pedir, listadas na sentença, foram:

(1) a concessão do adicional objeto do feito tão somente aos aposentados por invalidez pelo INSS fere os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; (2) fere também o direito, de status constitucional, à assistência financeira estatal especificamente para fazer frente aos 'gastos ocasionados pela deficiência', previsto na Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa Com Deficiência; (3) a possibilidade da prolação de sentenças aditivas deve superar o dogma do legislador positivo²¹.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0279.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

²⁰ Por questões metodológicas, será analisado primeiro o entendimento majoritário – contrário à extensão – e após o minoritário – favorável à extensão.

²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Sentença de improcedência do pedido de concessão do adicional do art.45 da Lei 8.213/91 a todos os aposentados e pensionistas que necessitem da assistência permanente de outra pessoa**. Ação Civil Pública nº 5016675-53.2014.404.7100/RS. Ministério Público Federal e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Juiz Federal Carlos Felipe Komorowski. 30 mai. 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-nega-estender-adicional.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014.

No mérito, após afastar as preliminares arguidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, o magistrado Carlos Felipe Komorowski guiou-se de acordo com o entendimento majoritário: o adicional do artigo 45 da Lei 8.213/91 é exclusivo dos beneficiários de aposentadoria por invalidez.

Após citar precedentes dos cinco Tribunais Regionais Federais brasileiros e também a íntegra do voto divergente no reexame necessário de que se tratará a seguir, sua fundamentação teve como base a demonstração da inexistência de igualdade de bases fáticas que possibilitassem a extensão do benefício, assim como inúmeros exemplos de diferenciações levadas a efeito pela legislação previdenciária, como a exigência de 35 anos de contribuição para os homens e de 30 anos para as mulheres alcançarem o direito à aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo.

Assim, ressalta a necessidade de observância do princípio da separação de poderes, constante no artigo 2º da Constituição Federal²².

Quanto à afirmação de que o adicional teria natureza assistencial, em razão da inexistência de fonte de custeio específica, o magistrado discorda frontalmente, apontando possuir a norma “nítido caráter previdenciário”. Nesse sentido, manifesta que

Via de regra, não existe fonte de custeio específica para cada benefício, isto é, um tributo exclusivo para fazer frente às despesas da aposentadoria por tempo de contribuição, outro para a aposentadoria por idade, outro para a pensão e assim por diante. Logo, a falta de previsão na lei de contribuição própria para o pagamento do adicional de 25% na aposentadoria por invalidez nada significa quanto à definição da sua natureza jurídica, se previdenciária ou assistencial²³.

Partindo dessa colocação, o julgador afirma que, caso fosse estendido o adicional aos demais segurados da previdência social é que haveria inconstitucionalidade, por estar-se criando benefício sem vinculação ao fato que o determinou, o que configuraria criação de medida assistencial, não previdenciária e,

²² Art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2014.

²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Sentença de improcedência do pedido de concessão do adicional do art.45 da Lei 8.213/91 a todos os aposentados e pensionistas que necessitem da assistência permanente de outra pessoa**. Ação Civil Pública nº 5016675-53.2014.404.7100/RS. Ministério Público Federal e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Juiz Federal Carlos Felipe Komorowski. 30 mai. 2014. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-nega-estender-adicional.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014.

dessa forma, demandaria sua extensão também aos beneficiários da assistência social.

Ao concluir sua decisão, o juiz aduz a correção da discriminação legal, pois a assistência permanente de terceiro adviria da incapacidade para o trabalho, risco social coberto pela aposentadoria por invalidez.

Demonstrados os fundamentos da decisão de improcedência do pedido de extensão do adicional, passa-se à análise dos votos proferidos no paradigmático julgamento do reexame necessário cível nº 0023183-70.2013.404.9999/RS.

A citada decisão houve por negar provimento à remessa oficial, confirmando a sentença proferida na Comarca de Sarandi/RS, que julgou procedente pedido de concessão do adicional de 25% à segurada aposentada por idade e dependente do auxílio permanente de outra pessoa.

O aresto jurisprudencial foi assim ementado:

PREVIDENCIÁRIO. ART. 45 DA LEI DE BENEFÍCIOS. ACRÉSCIMO DE 25% INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE OUTRA PESSOA. NATUREZA ASSISTENCIAL DO ADICIONAL. CARÁTER PROTETIVO DA NORMA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DESCOMPASSO DA LEI COM A REALIDADE SOCIAL.

1. A possibilidade de acréscimo de 25% ao valor percebido pelo segurado, em caso de este necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia.

2. A doença, quando exige apoio permanente de cuidador ao aposentado, merece igual tratamento da lei a fim de conferir o mínimo de dignidade humana e sobrevivência, segundo preceitua o art. 201, inciso I, da Constituição Federal.

3. A aplicação restrita do art. 45 da Lei nº. 8.213/1991 acarreta violação ao princípio da isonomia e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana, por tratar iguais de maneira desigual, de modo a não garantir a determinados cidadãos as mesmas condições de prover suas necessidades básicas, em especial quando relacionadas à sobrevivência pelo auxílio de terceiros diante da situação de incapacidade física ou mental.

4. O fim jurídico-político do preceito protetivo da norma, por versar de direito social (previdenciário), deve contemplar a analogia teleológica para indicar sua finalidade objetiva e conferir a interpretação mais favorável à pessoa humana. A proteção final é a vida do idoso, independentemente da espécie de aposentadoria.

5. O acréscimo previsto na Lei de Benefícios possui natureza assistencial em razão da ausência de previsão específica de fonte de custeio e na medida em que a Previdência deve cobrir todos os eventos da doença.

6. O descompasso da lei com o contexto social exige especial apreciação do julgador como forma de aproximá-la da realidade e conferir efetividade aos direitos fundamentais. A jurisprudência funciona como antecipação à evolução legislativa.

7. A aplicação dos preceitos da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência assegura acesso à plena saúde e assistência social, em nome da proteção à integridade física e mental da pessoa deficiente, em igualdade de condições com os demais e sem sofrer qualquer discriminação²⁴.

Tratando-se de julgamento por órgão colegiado – 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – participaram da sessão três julgadores: o Desembargador Federal Rogério Favreto (relator), o Juiz Federal Roger Raupp Rios e a Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges. A decisão foi por maioria, sendo divergente o voto desta.

Será analisado, primeiramente, o voto da Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges, após o voto do Desembargador Federal Rogério Favreto e, por último, do Juiz Federal Roger Raupp Rios.

Em seu voto, a Juíza Carla Evelise Justino Hendges adotou o posicionamento majoritário, segundo o qual o adicional é aplicável somente aos aposentados por invalidez.

Em suas razões de decidir, a magistrada refere que a norma deixou expressamente de contemplar as demais aposentadorias. Da mesma forma, explicita entender não ser hipótese de analogia, utilizando para tanto os conceitos de analogia *legis* e de analogia *juris* cunhados por Karl Larenz – contudo, não demonstra o conteúdo dos ditos conceitos.

Assim, entende que para ser possível a extensão do acréscimo de 25% para as demais aposentadorias deveria ser decretada a inconstitucionalidade parcial do dispositivo legal, com redução de texto, para excluir a menção à aposentadoria por invalidez. Porém, tendo em vista a cláusula de reserva de plenário, a decretação de inconstitucionalidade não poderia se dar no âmbito da turma, mas apenas do pleno do tribunal.

Ademais, assevera a juíza não haver inconstitucionalidade na discriminação efetuada pela norma, colocando a situação nos seguintes termos:

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento a reexame necessário para manter sentença de procedência do pedido de concessão do adicional de 25% à aposentada por idade.** Reexame necessário nº 0023183-70.2013.404.0000/RS. Olívia do Nascimento Conceição e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. 11 fev. 2014. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6504550&hash=4ea4da7e9077acc743f5b1080da3dfdc>. Acesso em: 27 set. 2014.

Não me parece, todavia, que haja igualdade de situação entre o caso do segurado que desempenha atividade laborativa e se depara com a contingência da incapacidade – e assim tem deferida aposentadoria por invalidez -, e o caso do aposentado que, tempos após obter sua aposentadoria por idade, tempo de serviço ou contribuição, vem a ficar doente ou sofrer acidente. Diversas as bases fáticas, o legislador não está obrigado a tratar os casos de forma idêntica.

Veja-se que a concessão do adicional no caso da denominada "grande invalidez" não decorre da Constituição; não é determinada pela Constituição Federal. Assim, não ofenderia a Constituição Federal a Lei 8.213/91 se não tivesse sequer criado este acréscimo previsto em seu artigo 45. Não se pode, assim, afirmar que inconstitucional a norma porque não contemplou outros benefícios que não a aposentadoria por invalidez que está prevista expressamente no art. 45²⁵.

Da mesma forma, refere não ser caso de aplicação da analogia, haja vista não existir obscuridade na lei, que é clara ao dispor que apenas os aposentados por invalidez fazem jus à majoração.

Ao final, ressalta a magistrada que não é dado ao julgador criar a norma, mas apenas verificar sua compatibilidade com a Constituição Federal, sendo viável a atuação como “legislador positivo” apenas em situação raras, em que se verifique omissão estatal que inviabilize direito que decorra diretamente da Constituição.

Em contrapartida, os votos favoráveis à extensão do adicional à aposentadoria por idade tiveram como fundamento principal a necessidade de observância dos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, os quais, no entendimento dos magistrados, seriam violados em caso de negativa da concessão.

Conforme ressaltado por eles na decisão, a diferença entre um aposentado por invalidez e dependente do auxílio de terceiros e outro na mesma situação, mas aposentado por outra modalidade de aposentadoria prevista em lei, é apenas o momento da eclosão da grande invalidez. Destarte, tal situação não seria significativa o suficiente para ser utilizada como fundamento para negar a cobertura securitária aos inválidos não aposentados por invalidez, mas por outra espécie de jubramento.

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento a reexame necessário para manter sentença de procedência do pedido de concessão do adicional de 25% à aposentada por idade.** Reexame necessário nº 0023183-70.2013.404.0000/RS. Olívia do Nascimento Conceição e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. 11 fev. 2014 Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6504550&hash=4ea4da7e9077acc743f5b1080da3dfdc>. Acesso em: 29 set. 2014.

Consoante o Desembargador Rogério Favreto²⁶, a interpretação a ser realizada não pode ser restritiva dos direitos fundamentais, quanto menos tratar iguais de maneira desigual, provendo apenas a alguns, mas não a outros na mesma situação, as condições básicas de garantia a sua sobrevivência.

Assim, o magistrado admite a utilização da interpretação extensiva e “conforme os preceitos basilares da proteção e efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana”²⁷, desde que esteja incontroversa a condição de invalidez e a necessidade de auxílio permanente de terceiro.

Mas não apenas a possibilidade de interpretação extensiva, tendo em vista a necessidade de resguardo dos direitos fundamentais, da isonomia e da dignidade da pessoa humana foram utilizados como razão de decidir. A utilização da analogia e da “interpretação mais favorável da lei” também foram referidas como caminhos viáveis à extensão do benefício.

O desembargador²⁸, ao discorrer sobre a postura do julgador perante o caso que estava *sub judice*, refere a possibilidade tanto da interpretação sob o argumento da analogia quanto do argumento a contrário²⁹, ressaltando que, formalmente, essas duas possibilidades têm a mesma legitimidade, não se tratando de escolha arbitrária do intérprete. A verificação do fim jurídico-político da norma seria o fator determinante para que se utilizasse um ou outro argumento.

Dessa forma, tratando-se de norma protetiva, por versar de direito social intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, haveria espaço para o uso da analogia. Porém, o próprio desembargador reconhece a dificuldade de determinar a possibilidade de sua utilização, ressaltando não ser fácil traçar fronteira entre ela e a interpretação a contrário, mais apegada à literalidade do texto.

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento a reexame necessário para manter sentença de procedência do pedido de concessão do adicional de 25% à aposentada por idade.** Reexame necessário nº 0023183-70.2013.404.0000/RS. Olivia do Nascimento Conceição e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. 11 fev. 2014 Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6504550&hash=4ea4da7e9077acc743f5b1080da3dfdc>. Acesso em: 27 set. 2014.

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ Sinteticamente, pode-se dizer que utiliza-se a analogia nos casos em que se verifica a existência de lacuna normativa, já a interpretação a contrario é usada quando se entende que o texto legal é taxativo, excluindo de sua hipótese de incidência as disposições que não estão expressamente contidas nele.

Não obstante, utiliza-se do conceito de Karl Engisch para fundamentar a utilização da analogia, asseverando a necessidade de observação finalística da norma:

Dessa forma, utilizando uma analogia teleológica, pode-se descobrir o pensamento fundamental da vontade do legislador ou, melhor ainda, a finalidade objetiva da norma, que pelo seu significado tem os fins inerentes ao preceito da proteção da vida do cidadão (no caso, do aposentado), fundada na apreensão do seu respectivo sentido. Com isso, tanto se pode, pela analogia da lei, partir de uma regra isolada e dela retirar um pensamento fundamental aplicável a casos semelhantes, como pela analogia do Direito, que surge da pluralidade de normas jurídicas, desenvolver princípios mais gerais e aplicar a casos que não cabem em nenhuma norma jurídica³⁰.

Nota-se, pois, que o julgador entendeu que a analogia seria cabível visto que, investigando-se a finalidade do adicional de grande invalidez, norma de matiz protetivo da vida do aposentado, poder-se-ia sustentar que a vontade do legislador não estaria plenamente contida na norma caso se interpretasse literalmente o disposto no texto legal, restringindo a aplicação apenas aos aposentados por invalidez.

Da mesma forma, refere a “finalidade objetiva da norma”, que também seria a proteção ao aposentado, como possibilitadora da extensão.

Posteriormente, discorre o julgador sobre o principal argumento utilizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social para negar a possibilidade de extensão do adicional, o de que se estaria a conceder benefício sem a respectiva fonte de custeio. Sobre a questão, refere o desembargador que o caráter assistencial do adicional prescinde de fonte de custeio específica.

O artigo 195, §5º, da Constituição Federal dispõe que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”³¹, sendo considerado como um princípio

³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento a reexame necessário para manter sentença de procedência do pedido de concessão do adicional de 25% à aposentada por idade.** Reexame necessário nº 0023183-70.2013.404.0000/RS. Olivia do Nascimento Conceição e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. 11 fev. 2014 Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6504550&hash=4ea4da7e9077acc743f5b1080da3dfdc>. Acesso em: 27 set. 2014.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.

específico da Seguridade Social, denominado “princípio da preexistência da fonte de custeio”.

Todavia, conforme o magistrado, a extensão do adicional às demais aposentadorias não contrariaria tal princípio, justamente em razão da inexistência de fonte de custeio específica para o adicional deferido para os aposentados por invalidez. Assim, seguindo essa linha de raciocínio, se tal disposição é desnecessária no caso contemplado pela lei, também não se pode exigí-la nos demais casos.

Outrossim, há referência de outro princípio constitucional específico da Seguridade Social que seria aplicável ao caso, qual seja, o da universalidade da cobertura e atendimento, disposto no artigo 194, parágrafo único, inciso I, da Carta Magna³², que teria como núcleo a entrega das ações, serviços e prestações securitárias com base na necessidade dos segurados.

Não obstante tais fundamentos, “o descompasso entre a norma [sentido tradicionalmente dado ao texto da lei] e a realidade social” também foi utilizado como razão de decidir, no sentido de atualizar a norma previdenciária mesmo sem mudar seu texto, a fim de oferecer maior efetividade ao direito protegido, haja vista a ausência de previsão por parte do legislador da ocorrência da contingência invalidez após a aposentação por idade ou tempo de contribuição.

Nesse sentido, também foi referida a existência do projeto de lei do Senado n.º 493/2011, de autoria do senador Paulo Paim, em tramitação no Congresso Nacional. Esse projeto pretende a modificação da redação do artigo 45 da Lei 8.213, com vistas a incluir expressamente a possibilidade de majoração das aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial nos casos de o segurado necessitar do auxílio de outra pessoa em razão de doença ou deficiência física de que seja acometido após o jubramento.

Assim, tendo em vista o projeto de lei, o operador do direito deve se antecipar à mudança legislativa e analisar o caso concreto, “para apressar o legislador no

³² Art. 194 [...] Parágrafo Único: “Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e do atendimento” BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2014.

aperfeiçoamento do sistema normativo previdenciário”³³, utilizando os princípios gerais de direito, a analogia e isonomia para julgar.

Por derradeiro, o desembargador relator ressalta a assinatura pelo Brasil da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que possui caráter de emenda constitucional e deve ter suas disposições observadas no âmbito do ordenamento jurídico doméstico, ante sua acolhida pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Assim, refere que

[...] a proteção às pessoas com deficiência, como no caso de invalidez, agravada pela velhice e necessidade de apoio permanente de outra pessoa, deve ser efetivada com a aplicação dos direitos à saúde, combate à discriminação e respeito à dignidade, previstos e acolhidos na Convenção Internacional pelo Brasil, em complemento às disposições antes referidas, que atendem os objetivos fundamentais da Carta Federal de erradicar as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º, incisos III e IV, CF)³⁴.

Tais considerações, aliadas à aplicação da norma mais favorável à vítima da violação de direito humano, no caso o segurado, dependente do auxílio de terceiro, aposentado por outra espécie de benefício, que sofre discriminação indevida, garantem a extensão do adicional às demais aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social.

A extensão do adicional garantiria tratamento isonômico entre os segurados que se encontram na mesma situação (invalidez que demande auxílio de terceiros), assim como efetivaria o objetivo da norma, qual seja, a proteção da saúde e da vida de seus destinatários.

O Juiz Federal Roger Raupp Rios acompanhou o voto do relator, ressaltando a necessidade de se investigar o caso à luz do princípio da isonomia, para verificar se a discriminação levada a efeito é ou não justificável, analisando-se as situações fáticas e jurídicas postas em comparação. Refere que

O princípio da igualdade manda que se dê mesmo tratamento a indivíduos e

³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento a reexame necessário para manter sentença de procedência do pedido de concessão do adicional de 25% à aposentada por idade.** Reexame necessário nº 0023183-70.2013.404.0000/RS. Olivia do Nascimento Conceição e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. 11 fev. 2014 Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6504550&hash=4ea4da7e9077acc743f5b1080da3dfdc>. Acesso em: 29 set. 2014.

³⁴ *Ibidem*.

situações semelhantes, exigindo um ônus de justificação para a imposição de tratamento diferenciado. Todo juízo de igualdade implica a eleição de um aspecto da realidade comparada. No mundo real, há igualdades fáticas parciais e desigualdades fáticas parciais. A norma jurídica deve, de modo justo, eleger qual o aspecto da realidade justifica tratamento igual e qual outro aspecto pode, eventualmente, justificar tratamento desigual³⁵.

A situação de igualdade, no caso analisado, apresentar-se-ia quanto à condição de segurado aposentado pela previdência social e quanto à condição de invalidez e necessidade de auxílio de terceiros. Já a desigualdade seria a origem do benefício de aposentadoria.

Ao indagar-se sobre a razão do tratamento diferenciado e sobre sua conformidade com o sistema jurídico vigente, o julgador assevera que o argumento corrente na jurisprudência, de que a aposentadoria por invalidez seria imprevisível e, portanto, fora de planejamento, não é razão suficiente para justificar a diferenciação perpetrada pela legislação.

O magistrado aduz que o risco social protegido pela norma deve ser o fator de diferenciação, e não a espécie de benefício pela qual ingressou na Previdência. Outros fatores, que não a contingência social a ser coberta, seriam secundários, inaptos a embasar diferenciações entre os segurados.

Nesse sentido, pontua que

[...] elevar a espécie de benefício (por tempo de serviço ou de contribuição) como fator desigualador de determinado regime jurídico (acréscimo de 25% para quem necessita auxílio de terceiros, por motivo de invalidez, desde que aposentado por invalidez), revela-se incoerente e incongruente. Incoerente, porque a situação de invalidez/deficiência é considerada num momento e desconsiderada em outro; incongruente, porque em desconformidade com a finalidade constitucional de toda a seguridade social e com a razão de ser dos benefícios, sejam eles quais forem³⁶.

Ainda, manifesta a imprescindibilidade da observância do corpo normativo da Seguridade Social como um sistema consistente e coerente, razão pela qual se deve lançar mão de uma interpretação sistemática dos benefícios.

Feitas tais considerações, refere duas possibilidades: o entendimento de que a lei privilegia os aposentados por invalidez – silêncio eloquente do legislador e

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento a reexame necessário para manter sentença de procedência do pedido de concessão do adicional de 25% à aposentada por idade.** Reexame necessário nº 0023183-70.2013.404.0000/RS. Olivia do Nascimento Conceição e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. 11 fev. 2014 Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6504550&hash=4ea4da7e9077acc743f5b1080da3dfdc>. Acesso em: 29 set. 2014.

³⁶ *Ibidem*.

enumeração taxativa do direito ao acréscimo; ou a verificação da existência de lacuna legislativa, a ser preenchida pela utilização da analogia.

O magistrado opta pelo segundo caminho, justificando que o entendimento de que a lei houve por privilegiar o aposentado por invalidez em detrimento dos demais aposentados configuraria inconstitucionalidade, seja por consubstanciar “privilégio odioso”, seja por omissão parcial do legislador.

Por seu turno, a conclusão pela existência de lacuna afastaria a inconstitucionalidade, ensejando a utilização da analogia para proceder à extensão do adicional a aposentadorias outras que não a por invalidez.

Assim, finaliza seu voto enumerando as premissas que o levaram a decidir pela ocorrência de lacuna e, por consequência, favoravelmente à concessão da majoração:

Tomando como premissas (a) o fundamento constitucional da seguridade social, suas finalidades e princípio, (b) o princípio da igualdade e a proibição de discriminação entre segurados aposentados que experimentam invalidez e necessitam de cuidados de terceiros, (c) o sistema jurídico previdenciário infraconstitucional e (d) a relevância por ele atribuída ao fenômeno da invalidez como risco social protegido, conclui-se que se trata de lacuna legal, a ser suprida pela aplicação do direito ao caso concreto³⁷.

Estabelecida a divergência jurisprudencial e delineados os argumentos contrários e favoráveis à extensão da majoração, faz-se necessário tecer algumas considerações teóricas sobre os institutos da lacuna normativa e da interpretação conforme a Constituição.

Visto que a discussão no âmbito dos tribunais deu-se em torno da possibilidade de extensão do adicional de 25% por meio da utilização da analogia, o que pressupõe a existência de lacuna, ou por meio de interpretação conforme a Constituição, que demanda a análise da constitucionalidade do artigo 45 da Lei 8.213/91, imprescindível que se abordem os seus aspectos teóricos.

³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento a reexame necessário para manter sentença de procedência do pedido de concessão do adicional de 25% à aposentada por idade.** Reexame necessário nº 0023183-70.2013.404.0000/RS. Olivia do Nascimento Conceição e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. 11 fev. 2014 Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6504550&hash=4ea4da7e9077acc743f5b1080da3dfdc>. Acesso em: 29 set. 2014.

1.3 Aportes teóricos para a discussão: considerações sobre lacuna normativa e interpretação conforme a Constituição

Invocando o princípio da legalidade estrita, entendido, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸, como a completa submissão às leis, e consubstanciado no famoso brocardo de que à Administração Pública só é dado fazer aquilo que a lei autoriza, sendo impedida de agir contra a lei (*contra legem*) ou na ausência de lei (*praeter legem*), mas apenas segundo ela (*secundum legis*), o Instituto Nacional do Seguro Social posiciona-se no sentido de indeferir a totalidade dos pedidos de concessão do adicional aos segurados beneficiários das demais espécies de aposentadoria do RGPS que não a por invalidez.

Assim, seguindo tal preceito, a interpretação realizada na seara administrativa deve ser estrita e rigorosa, até mesmo restritiva, dissociada, inclusive, da análise quanto à adequação constitucional da disposição, que deve ser deixada a cargo do Poder Judiciário, em razão do princípio constitucional da separação dos poderes. Visto a ausência de menção às demais aposentadorias no *caput* do artigo 45 da Lei de Benefícios, entende-se não haver direito à majoração de benesse que não a aposentadoria por invalidez.

Ante tal posicionamento, e tendo o direito brasileiro adotado o sistema de jurisdição una, no qual há o controle judicial dos atos administrativos -- contrapondo-se ao sistema de contencioso administrativo, em que há jurisdição exclusivamente administrativa, não sendo possível submeter tais decisões ao controle da justiça comum -- a controvérsia foi apresentada perante o Poder Judiciário.

No ordenamento jurídico brasileiro vige o princípio da vedação ao *non liquet*, o qual se configura como a impossibilidade de o juiz deixar de decidir um caso concreto alegando falta de clareza ou a existência de lacuna na legislação. Esse princípio é conceituado de maneira clara no artigo 126 do Código de Processo Civil

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 104.

legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito³⁹.

O citado dispositivo legal é corolário do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que se encontra positivado no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal, o qual preceitua que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁴⁰.

Assim sendo, verifica-se que a tutela jurisdicional é direito subjetivo do cidadão, sendo o comando constitucional direcionado tanto aos legisladores quanto aos membros do Judiciário. Isso porque não podem os legisladores impedirem o acesso ao Judiciário, por meio de leis nesse sentido, tampouco podem os juízes deixarem de exercer seu ministério, alegando existir omissão legislativa.

Na atualidade, ao contrário do que ocorria no Direito Romano, no qual havia a possibilidade de o julgador declinar da função judicante ao entender não estar o caso suficientemente claro ou não vislumbrar a norma a ser utilizada – daí a expressão *non liquet*, correspondente a “não há certeza” ou “não está claro”⁴¹ – o juiz tem o dever de julgar. Tal se dá não só em razão do mandamento constitucional da inafastabilidade da jurisdição, como também porque a legislação fornece a ele a orientação necessária de como proceder nesses casos.

O artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) demonstra os meios a serem utilizados pelo magistrado para decidir, ao dispor que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”⁴².

Assim, ante a verificação da existência de lacuna, não pode o magistrado furtar-se à atividade julgadora, devendo encontrar dentro do sistema jurídico a resposta para a controvérsia que deve solucionar. Tal se dá em razão de o sistema

³⁹ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 16 set. 2014.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2014.

⁴¹ *NON LIQUET*. In: DICIONÁRIO Latim. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/dicionario_latim.html>. Acesso em: 16 set. 2014.

⁴² BRASIL. Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2014.

jurídico brasileiro ser “formalmente cerrado”⁴³ e completável por meio de autoreferência⁴⁴.

Dessa forma, apresentado pedido de concessão do complemento de acompanhante a segurado inválido e dependente do auxílio permanente de terceiros, mas em gozo de espécie de aposentadoria diversa da por invalidez, deve o Judiciário resolver a controvérsia, mesmo que, hipoteticamente, não vislumbre dispositivo legal que regule tal hipótese – o que seria caso de lacuna da lei, a ser preenchida com a utilização da analogia, dos costumes, ou dos princípios gerais de direito, como dito.

Igualmente, verificando o magistrado que a situação em análise está em confronto com disposições constitucionais, deve proceder à interpretação conforme a Constituição, com vistas a adequá-la aos ditames da Carta Magna.

Assim, será tratado acerca dos institutos da lacuna normativa e da interpretação conforme a Constituição, que auxiliarão no posterior enfrentamento da problemática ora discutida.

1.3.1 Lacuna normativa: considerações teóricas

Inicialmente, para melhor analisar a ocorrência (ou não) de lacuna no caso em comento, cumpre tecer algumas considerações sobre seu conceito, desvelando sua íntima relação com o sistema jurídico em que está inserido. Desde já, alerta-se que não há univocidade conceitual, visto que a concepção varia de acordo com o prisma das diferentes escolas de pensamento jurídico existentes.

Será analisada a questão, primeiramente, de forma sucinta, sob o ponto de vista da teoria do ordenamento jurídico positivista.

Norberto Bobbio⁴⁵ assinala que uma das características da teoria positivista é a completude do ordenamento, a qual está umbilicalmente ligada à noção de certeza do direito, que é a ideologia fundamental deste movimento jurídico.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.100.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 103.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 207.

Partindo desse dogma, já que não pode haver ausência naquilo que é completo, os positivistas negam a existência de lacunas na lei, o que fazem por meio de duas teorias distintas: a teoria do espaço jurídico vazio e a teoria da norma geral exclusiva.

Quanto à primeira teoria, o jurista italiano refere que não faz sentido falar em lacunas, pois

[...] dado um fato qualquer, ou existe uma norma que o regule e, neste caso, não há evidentemente lacuna alguma, ou não existe nenhuma norma que o regule, e nem também neste caso se pode falar de lacuna, visto que o fato não regulado é juridicamente irrelevante, porque pertence ao “espaço jurídico vazio” (isto é, ao espaço que está além da esfera jurídica)⁴⁶

Destarte, tudo aquilo que não é regulado pelo direito como lícito ou ilícito, comandado ou proibido, é extrajurídico, e não faz parte do ordenamento legal, estando, portanto, fora dos limites do direito.

No caso, não tendo o fato social recebido predicação jurídica, ele é irrelevante juridicamente, não uma omissão legislativa. Frise-se que, para esta corrente de pensamento, não importa a vontade do legislador, se ele não previu determinada hipótese voluntaria ou involuntariamente, pois não há omissão alguma.

Essa postura se coaduna perfeitamente com as bases do positivismo jurídico, que trabalha o direito como algo dado, como fato a ser estudado nos moldes dos cânones das ciências naturais, sem se ocupar com juízos de valor ou de justiça.

Nesse sentido, Lênio Luiz Streck assevera:

[...] o positivismo é uma postura *científica* que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento. No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos.⁴⁷

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 208.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos**, v.15. n.1. Jan.2010. Disponível em:<<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 18 set. 2014, p. 03.

Portanto, diante de um texto legal, aquilo que não está previsto literalmente em seu corpo, categorizado como lícito ou ilícito, não existe para fins de direito, está fora de seu objeto, pouco importando as consequências fáticas dessa exclusão.

Utilizando-se desse pensamento, parece óbvio que o fato de um segurado, após se aposentar por tempo de contribuição, idade ou tempo especial, vir a se tornar inválido a ponto de necessitar de auxílio permanente de outra pessoa, é um fato juridicamente irrelevante para fins de concessão do complemento de acompanhante, pois não regulamentado na Lei de Benefícios, não havendo que se falar em lacuna.

Já para a outra teoria positivista, a da norma geral exclusiva, no dizer de Bobbio, fazendo referência a Donati

[...] não existem fatos juridicamente irrelevantes e não existem lacunas, porque cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma implicitamente nela contida, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última e os submete a uma regulamentação jurídica antitética (por isto a segunda é dita geral e exclusiva)⁴⁸.

Tal teoria compartilha com a do espaço jurídico vazio a concepção de inexistência de lacunas no ordenamento jurídico, porém utilizando fundamento distinto. Se para esta não existem lacunas pois há fatos juridicamente irrelevantes, localizados fora dos limites do direito, para aquela todos os fatos possuem predicção jurídica, sendo sempre abarcados pelo direito, o que também impossibilita que haja lacunas no ordenamento jurídico.

Para a teoria da norma geral exclusiva sempre será possível ao julgador decidir, pois as condições para que assim o faça nunca deixam de estar presentes, bastando um exercício lógico para que se resolva a problemática posta perante o magistrado.

Ora, se determinada norma, de forma explícita, proíbe o comportamento “x”, ela traz consigo, implicitamente, a permissão de todos os comportamentos que não sejam “x”, antitéticos a ele. Aplica-se, portanto, o jargão “tudo o que não está proibido está permitido”, conforme refere Maria Helena Diniz⁴⁹, também se reportando a Donati. A regra geral em contrário, subjacente à particular, seria a

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 209.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 38.

permissão de todos os demais comportamentos não compreendidos na regra específica.

Interpretando-se a contrário, se uma determinada situação está regulada em uma norma particular, as situações que estão fora dessa norma estão excluídas de seu âmbito de aplicação.

Seguindo essa linha dogmática, a indagação acerca da possibilidade de concessão do adicional de grande invalidez para as demais aposentadorias teria resposta negativa, pois a menção expressa à aposentadoria por invalidez traria consigo a proibição da incidência da majoração sobre as outras aposentadorias.

Se a norma particular prevê que o valor da aposentadoria por invalidez será acrescido de 25%, implicitamente há a exclusão da incidência do acréscimo sobre o valor de qualquer aposentadoria que não a por invalidez.

Ressalte-se que esse fazer interpretativo é bastante comum na praxe forense, sendo argumento corrente para justificar o juízo de improcedência a alegação de que a norma deixou expressamente de contemplar as demais espécies de aposentadoria.

Retomando a investigação sobre o conceito de lacuna, passa-se à análise das teorias que, ao contrário do positivismo, concebem o direito como um sistema aberto, incompleto, no qual há espaço para sua ocorrência.

O jurista alemão Karl Engisch, defensor da existência de lacunas no direito, refere que

[...] uma lacuna é uma incompletude insatisfatória no seio de um todo. Aplicado ao Direito, o conceito de lacuna significa que se trata de uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico⁵⁰.

Vê-se, a partir desse conceito, que, ao contrário das teorias anteriormente citadas, Karl Engisch remete à insatisfatoriedade da incompletude como um dos elementos intrínsecos à noção de lacuna.

Maria Helena Diniz⁵¹, explicitando o pensamento do autor, assevera que o entendimento de lacuna como imperfeição insatisfatória remete à ideia de uma falta ou insuficiência que não deveria ocorrer dentro da totalidade jurídica.

Essa insatisfatoriedade é tida como uma falha ou deficiência do direito positivo, que deve ser suprida por meio do trabalho integrativo do juiz:

⁵⁰ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 276.

⁵¹DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 69.

As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico integradora. As lacunas aparecem, portanto, quando nem a lei nem o Direito consuetudinário nos dão uma resposta imediata a uma questão jurídica.⁵²

As lacunas, portanto, somente ocorrerão nas hipóteses em que não haja regulamentação tanto no direito legislado (leis), quanto no direito consuetudinário (no qual há a utilização dos costumes e princípios gerais de direito).

Assim, havendo lacuna passível de ser preenchida por meio de analogia, costumes, interpretação a contrario ou princípios gerais de direito, não há que se falar propriamente em lacuna no direito, mas sim em lacuna na lei.

De outra banda, a lacuna no direito não pode ser resolvida da mesma forma que a lacuna na lei, visto que haveria casos em que não seria possível a colmatação de lacunas utilizando daqueles meios. Nessas situações, consoante Maria Helena Diniz:

na opinião de Engisch podem ficar em aberto lacunas insuscetíveis de preenchimento; assim sendo, o dogma da plenitude do ordenamento jurídico e a conhecida proibição da denegação da justiça não são válidos *a priori*: seria até concebível que o órgão judicante tivesse o poder de, em casos de lacunas, recusar a resposta, pois nenhum juiz ou tribunal tem competência ou é designado para proferir decisão segundo seu alvedrio ou de acordo com a oportunidade.⁵³

Assim, o referido autor concebe a completude do ordenamento jurídico como um objetivo a ser atingido, um princípio que guiaria a atuação do legislador, mas não um dado, um fechamento lógico do sistema que efetivamente exista quando do julgamento de um caso concreto, residindo nesse ponto a distinção de sua teoria em relação às teorias positivistas anteriormente citadas.

Trazendo a conceituação de Engisch para o problema proposto no presente trabalho, dois caminhos se apresentariam: o reconhecimento da existência de lacuna na lei e, portanto, a utilização da analogia como meio próprio a colmatá-la, ou a utilização da interpretação a contrario, caso de entender-se ser hipótese de

⁵²ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 279.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 71.

exclusão das demais aposentadorias do âmbito de aplicação da norma, de forma deliberada e consciente por parte do legislador, relegando-as ao espaço ajurídico.

Porém, para determinar qual dos caminhos seguir, é necessário que se coteje o objetivo jurídico-político da norma posta em questão, sua congruência com o sistema em que está disposta.

Karl Engisch⁵⁴ diz que deve ser realizado tal empreendimento e não ser “enunciado um ‘princípio geral negativo’ [de plano], segundo o qual sempre que não esteja prevista no direito positivo, a consequência jurídica é *eo ipso* inadmissível”, no que contraria frontalmente as teorias do espaço jurídico vazio e da norma geral exclusiva, já expostas.

Assim, tendo em vista o caráter protetivo das normas de Direito Previdenciário, assim com os fins a que se destina a Previdência Social, a interpretação a ser realizada deve ser teleológica, comprometida com a cobertura dos riscos sociais. A interpretação meramente lógica, realizada puramente por meio de silogismo, não seria adequada para cumprir com esse desiderato.

Porém, para que seja possível utilizar a analogia como recurso de preenchimento de lacunas, deve haver semelhança entre as situações fáticas que estão a ser comparadas. Caso exista

uma diferença essencial, a analogia encontra os seus limites e surge, em certos casos, o chamado argumento a contrario, a saber, o argumento que parte da diversidade dos pressupostos para a diversidade das consequências jurídicas.⁵⁵

Consoante demonstrado anteriormente, quando da análise da jurisprudência sobre o tema, utilizando-se a teoria de Karl Engisch é possível, por meio da analogia, conceder o adicional de 25% a segurados em gozo de aposentadoria por idade, tempo de contribuição ou tempo especial, desde que efetivamente incapacitados para as atividades da vida diária e dependentes do auxílio de terceiros. Porém tal aplicação não é unânime, haja vista a miríade de entendimentos que cercam o tema das lacunas no ordenamento jurídico.

Outro jurista a reconhecer a existência de lacunas, porém adstritas ao ordenamento legal, é Karl Larenz, segundo o qual

⁵⁴ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 282.

⁵⁵*Ibidem*, p. 292.

Sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação que seja atribuível ao âmbito de regulação da lei; por outras palavras: que toda a lei contém inevitavelmente “lacunas”⁵⁶.

Partindo-se de tal observação, tem-se que, na investigação acerca da existência de lacuna, é dever do intérprete aferir a regulação pretendida pela lei, no sentido de considerar sua teleologia, os fins para os quais foi instituída. Dessa forma, a lei não pode ser interpretada com demasiada restrição no que tange à sua finalidade, sob pena de ter seu âmbito de regulação reduzido e, conseqüentemente, não produzir os efeitos para os quais foi positivada.

Nesse exercício investigativo deve ser dispensado tratamento igualitário entre as situações fáticas que se amoldem à finalidade regulatória da lei. Nesse sentido, as palavras de Karl Larenz:

Um princípio que é inerente a toda a lei porque e na medida em que pretende ser “Direito”, é o do *tratamento igual daquilo que é igual*. Se uma lei regula uma determinada situação de facto A de uma maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso B, que é semelhante aquele no sentido da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei⁵⁷.

Entendendo-se haver igualdade entre a situação de fato do aposentado por invalidez que necessita do auxílio permanente de outra pessoa e o aposentado por qualquer das demais espécies de aposentadoria que também necessita deste auxílio, seria possível aplicar o conceito de lacuna na lei segundo a teoria de Larenz.

Contudo, como já referido quando da análise da jurisprudência sobre o tema, a Juíza Carla Evelise Justino Hendges, mesmo utilizando o conceito de lacuna ora estudado – o que se presume em razão da referência à distinção entre os tipos de analogia efetivada por Karl Larenz, que será vista a seguir –, houve por entender não ser hipótese de sua ocorrência. Isso porque reputou não serem semelhantes as situações, valorando-as distintamente.

Constatando-se a lacuna na lei, a analogia é o instrumento mais adequado para sua colmatação em casos nos quais se verifica semelhança fática, pela própria natureza do instituto. O jurista alemão distingue dois tipos de analogia, utilizando

⁵⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 519.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 531.

como fator de discriminação o fato de a disposição a ser aplicada analogicamente decorrer de uma norma específica (*analogia legis*) ou de várias (*analogia juris*):

A transposição de uma regra, dada para uma hipótese legal, numa outra “semelhante” a ela, quer dizer, que se há-de considerar igual na sua valoração, denomina-se *analogia legis*; mais apropriada a esse respeito seria a expressão “analogia particular”, porque é aplicada analogicamente” uma norma legal particular a uma situação de facto não regulada por ela. Dela se distingue tradicionalmente a denominada *analogia juris*; mais exacta é a sua denominação como “analogia geral”. Aqui, de varias disposições legais que ligam idêntica consequência jurídica a hipóteses legais diferentes, infere-se um “princípio jurídico geral” que se ajusta tanto a hipótese não regulada na lei como as hipóteses reguladas⁵⁸.

Por seu turno, Maria Helena Diniz⁵⁹ apresenta um conceito geral de lacuna criado por Amadeo Conte. Para o referido autor, lacuna de uma ordem normativa é “uma inadequação que designa, sempre, um conceito genérico, que é a ausência de uma norma. O gênero nada mais é senão a ausência de uma norma”.

Assim, também conforme Maria Helena Diniz⁶⁰, Conte classifica as lacunas em duas espécies: ontológicas e deontológicas.

Contudo, para ele, apenas as ontológicas, por representarem inadequações da ordem normativa quanto ao “ser”, são lacunas propriamente ditas. As deontológicas, que são inadequações da ordem normativa ao “deve-ser”, não são propriamente lacunas, pois sempre há norma que discipline os casos em que ela se apresenta. Da mesma forma, as deontológicas não são propriamente lacunas pois consistem numa separação entre direito e justiça, já as lacunas ontológicas numa inadequação das leis ante a variedade dos casos. Em outros termos, pode-se dizer que

ou há norma ou não há norma. Se há norma não há lacuna. Falta uma qualificação justa, porém existe uma qualificação. Se não há norma, temos lacuna ontológica e não deontológica ideológica. O que falta não é uma norma, mas uma norma mais justa.⁶¹

As lacunas deontológicas são também chamadas de impróprias, jurídico-políticas ou, ainda, axiológicas, variando a nomenclatura de acordo com o jurista que as conceitua.

⁵⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 544.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 89.

⁶⁰ *Ibidem*, p.89.

⁶¹ *Ibidem*, p. 91.

Norberto Bobbio⁶², ao indagar-se sobre a utilização do termo na praxe jurídica, observa que, em realidade, as únicas lacunas existentes seriam as axiológicas, haja vista a completude do ordenamento jurídico, que não permitiria a existência de lacunas técnicas.

Ora, sendo o direito completo, de que lacunas falam os operadores do direito? Responde ele que, para os positivistas, a utilização de tal termo se dá num sentido ideológico e não técnico-jurídico, visto quererem indicar não tanto a ausência de uma norma qualquer para resolver um caso, mas a ausência de “uma certa norma”, que seja conforme os seus ideias de justiça. Assim, diz ele, abandonam o plano do direito positivo e se colocam no lugar do legislador, no plano da política.

Lenio Luiz Streck⁶³ também refere a inexistência da lacuna técnica – ao menos nos moldes como abordada pela maioria dos doutrinadores. Para este autor, as normas constantes no artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e no artigo 126 do Código de Processo Civil impediriam a ocorrência da lacuna técnica, pois “fechariam” o sistema, impedindo sua ocorrência. Ainda, assevera que entender de modo contrário implica em ver o direito como sinônimo de lei, pois, se o direito extrapola a lei, fica mais difícil se falar em lacunas.

Partindo-se desse raciocínio, tem-se que há possibilidade de existir lacunas na lei, porém não no direito, visto que sempre haverá uma resposta para o caso concreto. Há, portanto, sempre a complementação do ordenamento legal pelo ordenamento jurídico e, por essa razão, “não existem lacunas técnicas, sendo todas elas axiológicas”⁶⁴.

Pelo exposto, verifica-se que a controvérsia doutrinária acerca da existência (ou não) de lacunas comporta três posições distintas: a) negação de lacunas no direito, b) a admissão da existência de lacunas apenas na lei, e c) a admissão de lacunas no direito.

A ausência de consenso quanto ao conceito do instituto “lacuna”, assim como a margem de discricionariedade que as normas de fechamento do sistema possibilitam ao julgador, fruto de sua inspiração positivista, faz com que a extensão do adicional de grande invalidez por meio da analogia, com base em suposta lacuna,

⁶² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 210.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 101.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 103.

não seja a resposta constitucionalmente adequada à questão. Isso porque não abarca a mudança de paradigma instituída pela Constituição de 1988.

Lenio Streck⁶⁵ afirma que, em um Estado Democrático de Direito, como o instituído no Brasil após a redemocratização, não há mais que se falar em “omissão da lei”, tampouco em seu preenchimento por meio da analogia, costumes e princípios gerais de direito, figuras típicas do positivismo (normativista), que apresentam-se como resistência ao novo constitucionalismo.

A Carta Constitucional houve por instituir princípios, que não só possuem força normativa, como têm a finalidade de orientar os juristas em seu ministério. Porém, a discussão doutrinária sobre a ocorrência de lacunas, bem como sobre os modos de identificá-las e preenchê-las, não considera os princípios constitucionais, trabalhando apenas no nível das regras – saliente-se que princípios gerais de direito e princípios constitucionais não são sinônimos, como acentua o doutrinador anteriormente citado⁶⁶.

Ocorre que, com a mudança de paradigma perpetrada pela Constituição de 1988, o fazer interpretativo dos juízes tem de ser modificado, sendo insatisfatório o método interpretativo típico do positivismo jurídico, que se baseia na simples subsunção do fato à norma, ou ainda o das teorias que, mesmo admitindo a existência de lacunas, deixam ao alvedrio do julgador sua colmatação.

Colocadas tais questões, passa-se a tratar, teoricamente, do instituto da interpretação conforme a Constituição, que se utilizaria na hipótese de verificação de inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei 8.213/91.

1.3.2 Interpretação conforme a Constituição: considerações teóricas

Conforme se verificou quando da análise dos entendimentos jurisprudenciais sobre a possibilidade de extensão do adicional de grande invalidez a todas as aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social, a disposição constante no artigo 45 da Lei 8.213/91 admite duas interpretações: uma que exclui de seu âmbito

⁶⁵STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 110.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 111.

de regulação todas as outras espécies de aposentadoria que não a por invalidez e outra que estende sua aplicação às demais aposentadorias.

O ponto de divergência entre ambas diz respeito à existência ou não de igualdade fática entre os segurados aposentado por invalidez e o aposentado por idade, tempo de contribuição ou tempo especial, que permitisse a discriminação levada a efeito no texto legal.

Dessa forma, havendo distintas interpretações acerca de um texto legal, deve ser dada preferência àquela mais adequada aos ditames constitucionais, ou seja, deve-se proceder à interpretação conforme a Constituição. Isso porque, na lição de Alexandre de Moraes

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal⁶⁷.

Assim, havendo mais de um sentido possível para a interpretação do dispositivo investigado, para que se evite a declaração de sua inconstitucionalidade, há de ser interpretado da maneira que se amolde à Constituição. Este fazer interpretativo presta homenagem à presunção de constitucionalidade das leis emanadas dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo em vista o controle de constitucionalidade preventivo por estes efetuado quando do processo legislativo.

Ademais, o reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição também são razões para que sejam observados os mandamentos constitucionais sempre que se for aplicar determinada norma infraconstitucional, a qual não pode deixar de passar por uma filtragem constitucional, como ressalta Lenio Luiz Streck:

sendo o texto constitucional, em seu todo, dirigente e vinculativo, é imprescindível ter em conta o fato de que todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional [...]. O juiz (e o operador jurídico *lato sensu*) somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição⁶⁸.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. VitalBook file. Minha Biblioteca, p.785.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.257.

Tratando-se a Constituição de norma superior, tem como efeito condicionar o conteúdo de normas inferiores, constituindo, pois, fundamento de validade de todas estas, no dizer de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁶⁹. Destarte, impossível ao intérprete da lei furtar-se à leitura constitucional quando da aplicação e determinação do conteúdo da norma jurídica. A observância da interpretação conforme a Constituição é imperativa, sendo que, para o já citado doutrinador Lenio Luiz Streck⁷⁰, a negativa de sua aplicação por parte do operador do Direito configura-se como violação da própria Constituição, passível de ser atacada diretamente mediante recurso extraordinário, pois já estaria cumprido o requisito do prequestionamento.

Contudo, há de ser ressaltado que a doutrina não é unânime quanto à natureza jurídica do instituto da interpretação conforme a Constituição. Eduardo Fernando Appio⁷¹, em aprofundado estudo sobre a interpretação conforme, a distingue entre três concepções: método de interpretação constitucional, princípio da Constituição, ou ainda técnica de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A interpretação conforme a Constituição como método de interpretação a igualaria aos demais métodos interpretativos das leis infraconstitucionais, tais como o literal, o histórico, o teleológico e o sociológico.

Já o entendimento de que se trataria de princípio de conformidade das leis infraconstitucionais à Constituição aproximaria o conteúdo do instituto ao do princípio da supremacia da Constituição, sendo visto, praticamente, como um efeito dele proveniente. Se a Carta Constitucional possui hierarquia superior, todos os demais atos normativos devem a ela se conformar, e a interpretação a ser efetuada tem de ser nesse sentido.

Por último, tem-se a interpretação conforme como instrumento de controle de constitucionalidade, podendo ser utilizada tanto no controle concentrado (por meio das ações direta de inconstitucionalidade e constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal ou tribunais estaduais) quanto no controle difuso (efetuado por qualquer

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. VitalBook file.Minha Biblioteca, p. 66.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 259.

⁷¹ APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação Conforme a Constituição**: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. 1. ed. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p.27-37 *passim*.

juízo no julgamento de casos concretos). Appio filia-se a esta concepção, ao discorrer que

[...] a interpretação conforme a Constituição é garantia constitucional de controle de constitucionalidade das leis [...]. Não tem a natureza jurídica de “método” de interpretação, pena de confundi-la com os métodos já existentes na doutrina tradicional, tais como o ampliativo ou redutivo do alcance da norma, não se podendo definir a natureza jurídica de um instituto somente por seus efeitos visíveis.

Também, a interpretação conforme a Constituição não tem a natureza jurídica de princípio constitucional, na medida em que se mostra mais como uma projeção do princípio da supremacia vertical da Constituição do que um princípio autônomo, através da técnica de controle da constitucionalidade⁷².

Não obstante sua relevância, a interpretação conforme a Constituição encontra limites para sua aplicação. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gusvato Gonet Branco delineiam-nos a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] a interpretação conforme a Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador⁷³.

Do exposto, seriam duas as barreiras a conformar a admissão da interpretação conforme a Constituição: a expressão literal do texto e o significado atribuído a ele pelo legislador. Porém, tais limites não são facilmente determinados, razão pela qual há casos em que a interpretação acaba por alterar o sentido normativo original, corrigindo o teor da lei para que se amolde aos ditames constitucionais.

O fato de, em uma mesma análise, ter-se de conjugar a expressão literal da lei e a vontade do legislador é problemático, tendo em vista a fusão das correntes objetivista (busca da vontade da lei, que se manifestaria na literalidade do texto) e subjetivista (busca da vontade do legislador). Nesse sentido, refere Appio que

[...] haveria incompatibilidade lógica na posição adotada, considerando que, na procura de um sentido literal da expressão, os objetivistas buscam, em

⁷² APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação Conforme a Constituição**: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. 1. ed. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 37.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. VitalBook file.Minha Biblioteca, p. 1293.

verdade, dar a aparência de absoluta cientificidade ao ato interpretativo, no qual qualquer indício de voluntarismo do intérprete seria repudiado. Já na limitação à atividade conformadora do juiz, a partir da intenção ou da finalidade do legislador, busca-se encontrar a vontade daquele que editou a lei, no intuito de preservar o princípio democrático da absoluta separação de poderes⁷⁴.

Assim, para superar tal incongruência, o citado doutrinador propõe que a limitação no que toca à expressão literal da lei deve ser observada quando for caso de utilização de termos técnicos em seu texto⁷⁵, o que se afigura plenamente lógico, ante a univocidade dos termos técnicos. Porém, nos demais casos, conclui que será o julgador da causa que inferirá a finalidade a ser atingida, utilizando-se do critério da proporcionalidade.

Quando da análise dos precedentes jurisprudenciais sobre a possibilidade de extensão do adicional, viu-se que foi aventada a hipótese de declaração de nulidade parcial com redução de texto do artigo 45 da Lei 8.213/91. No entendimento da magistrada Carla Evelise Justino Hendges, prolatora do voto nesse sentido, a disposição legal é clara, razão pela qual – e essa consequência não consta expressa em seu voto, mas pode ser inferida dele – não caberia interpretação conforme a Constituição, pois não estaria preenchido o requisito da polissemia.

Porém, não se pode olvidar da possibilidade de controle de constitucionalidade difuso por parte dos magistrados, no sentido de interpretar a legislação pertinente à questão jurídica em exame à luz da Constituição Federal, sem a necessidade da decretação de sua nulidade.

Não obstante, ao menos no ensinamento de Alexandre de Moraes, também é possível a interpretação conforme a Constituição com redução de texto:

Para que se obtenha uma interpretação conforme a Constituição, o intérprete poderá declarar a inconstitucionalidade parcial do texto impugnado, no que se denomina interpretação conforme com redução do texto, ou, ainda, conceder ou excluir da norma impugnada determinada interpretação, a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional⁷⁶.

⁷⁴ APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação Conforme a Constituição**: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. 1. ed. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p.48.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 49

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, VitalBook file. Minha Biblioteca, p.786.

Cotejando o instituto da interpretação conforme a Constituição com o da lacuna normativa, verifica-se que aquele acaba por ser mais alinhado à doutrina moderna, visto que trabalha diretamente com os ditames do constitucionalismo, no intuito de adequar a ordem infraconstitucional à constitucional, efetivando os direitos postos na Carta da República. Com isto não se está a depreciar o instituto da lacuna normativa, porém, a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito como meios de seu preenchimento sem atentar às normas constitucionais, como a comumente realizada no âmbito doutrinário, é insatisfatória. A leitura a ser feita não deve deixar de considerar os ditames constitucionais no preenchimento das lacunas.

Estabelecidas as bases teóricas para a discussão, passa-se a tratar especificamente da possibilidade de concessão do adicional de 25% às demais aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social que não a por invalidez. Para tanto, utilizando-se dos conceitos até aqui esposados e tendo sempre em vista a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, investigaremos a ocorrência de lacuna ou de inconstitucionalidade no que tange à problemática, retomando, quando necessário, os fundamentos utilizados como razão de decidir no reexame necessário cível nº 0023183-70.2013.404.0000/RS e na ação civil pública nº 5016675-53.2014.404.7100/RS.

2 A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ADICIONAL DE 25% SOB A ÓTICA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após a apresentação do conceito, da previsão legal e das características do adicional de grande invalidez, bem como da discussão jurisprudencial e dos aspectos teóricos dos dois “caminhos” que possibilitariam a extensão do benefício, neste capítulo buscar-se-á responder à indagação que motivou o presente trabalho: é possível a extensão do adicional de 25% aplicável, em tese, apenas à aposentadoria por invalidez, também às outras aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social?

A apresentação da resposta terá como baliza a necessidade de efetivação de direitos fundamentais, mandamento que deve permear o fazer interpretativo no âmbito do Poder Judiciário, tendo em vista o novo paradigma instituído pela Constituição Federal de 1988. Ademais, não se deixará de atentar para a dimensão protetiva das normas de Direito Previdenciário, própria razão de ser do sistema de seguridade social.

2.1 A aplicação judicial do Direito Previdenciário como medida de efetivação de direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco entre o estado autoritário – ditadura militar (1964 a 1985) – e a retomada da democracia no Brasil. A pretensão de transformar o país em um Estado Democrático de Direito deu à Lei Fundamental um caráter dirigente e comprometido com a redução das desigualdades sociais, visando, ainda que tardiamente, à formação de um estado de bem-estar social em nosso país. No cumprimento deste desiderato, os direitos sociais foram positivados e erigidos ao *status* de direitos fundamentais, incluídos aí o direito à proteção previdenciária e a assistência aos desamparados.

Nesse sentido, a Constituição “deve ser vista, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas”⁷⁷, tendo em vista as promessas incumpridas da modernidade no país, consubstanciadas nos historicamente negligenciados direitos sociais.

Assim, o fazer dos juízes deve partir da premissa de “que é necessário reconhecer que o ato judicial decisório não corresponde à mera aplicação da lei, mas à realização do Direito”⁷⁸, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988 e da necessidade de concretização dos direitos sociais nela previstos, como os relativos às prestações previdenciárias.

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição Cidadã, o fazer do julgador não pode ficar preso à tradição eminentemente positivista predominante até então, que, conforme Norberto Bobbio

[...] sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica).⁷⁹

Isso porque, consoante leciona Lenio Luiz Streck

[...] o novo texto constitucional representa uma ruptura de modelo de Direito e de Estado, a partir de uma perspectiva claramente dirigente e compromissária (veja-se, nesse sentido, a determinação constitucional da construção de um Estado Social). Não havia espaço para o mundo prático no modelo de Direito anterior; não havia espaço para a discussão de conflitos sociais.⁸⁰

Com essa modificação de paradigma perpetrada pela Constituição, a atuação dos magistrados, bem como de todo o Poder Público, não pode se dar no âmbito da

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 26.

⁷⁸ SAVARIS, José Antonio. A aplicação judicial do direito da Previdência Social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência do custeio: o argumento “alakazam”. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v.10. n. 10. julho/dezembro 2011, p. 302. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/14/13>> Acesso em: 16 out. 2014.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p.133.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Orgs.). **Olhares hermenêuticos sobre o Direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 329.

legalidade pura e simples. A conduta dos agentes do Estado deve estar em conformidade com os ditames constitucionais, tanto na perspectiva negativa (dever de não violar direitos constitucionais) quanto na positiva (dever de efetivar os direitos constitucionalmente garantidos).

A ordem jurídica inaugurada após 1988 estabelece objetivos bastante claros a serem perseguidos para a obtenção de um concreto Estado Democrático de Direito no Brasil. O artigo 3º da Carta da República dispõe, entre outros objetivos, a necessidade de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁸¹. Tal objetivo se destina, por óbvio, ao legislador, que deve formular leis que o concretizem – mas, ressalte-se, não apenas a ele, pois vincula o Poder Público como um todo.

Nesse sentido, objetivando o cumprimento de tal desiderato, assim como a garantia de acesso à previdência social disposto no artigo 6º da Carta Magna⁸², houve o legislador ordinário por editar a Lei 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios previdenciários. Atualmente, pode-se dizer que esta é a mais importante lei infraconstitucional sobre Direito Previdenciário no Brasil, visto conceituar os benefícios previdenciários e delinear suas hipóteses de aplicação.

Ocorre que, em que pese a relevância e a imprescindibilidade de tal legislação, o Direito Previdenciário não se subsume apenas às suas determinações. A leitura da supracitada lei, assim como de todo o ordenamento legal infraconstitucional, deve ser realizada utilizando-se as lentes da Constituição e atentando para sua teleologia, ou seja, os objetivos de sua inserção no direito.

Sendo o Direito Previdenciário ramo da ciência jurídica que regula a Seguridade Social, a qual tem como objetivo primordial a proteção dos segurados contra os riscos sociais, tem ele como característica primeira o caráter protetivo de suas normas. A interpretação levada a efeito na seara previdenciária tem de estar

⁸¹ Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

⁸² Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

em consonância com a finalidade da Seguridade Social e, por conseguinte, afinada com a realidade social em que inseridos os destinatários da proteção.

Sabe-se, de há muito, que a subsunção, embora seja a regra no direito, não atende por completo todas as questões colocadas ante o órgão encarregado de julgar⁸³. O intérprete deve ter em consideração que o direito é destinado à resolução de casos concretos, que não são abrangidos em sua totalidade pelo texto plasmado na legislação, devendo, pois, atentar para as consequências fáticas de suas decisões, sobretudo quando se está a atuar em campo jurídico intrinsecamente ligado a garantir a manutenção da vida humana com dignidade, como o Direito Previdenciário.

Atento a tais aspectos da atuação judicial no âmbito previdenciário, José Antonio Savaris pontua que

A aplicação do Direito da Previdência Social que não leva em conta a dimensão real do problema concreto que reivindica solução culmina por prender o sistema previdenciário em uma lógica formal e insensível às diversas particularidades do caso. A subsunção, ademais, custa a própria efetividade do sistema previdenciário, mina a sua razão de ser, coloca em risco a vida desprovida de recursos para subsistência⁸⁴.

Assim, o fazer interpretativo no Direito Previdenciário não pode se reduzir a mero silogismo, no qual apenas se verifica se o fato social (premissa menor) se amolda ao texto legal (premissa maior), para determinar-se a consequência jurídica. Sem maiores indagações acerca da teleologia do sistema de proteção previdenciária e dos princípios e valores constitucionais que permeiam as disposições legais nessa seara, o Direito Previdenciário será reduzido a mero simulacro de direito, propício à produção de iniquidades incompatíveis com sua razão de ser.

Nesse sentido, a dimensão social das normas e a exigência de equidade são características que não podem ser negligenciadas pelo operador do direito que venha a atuar em tal âmbito, sobretudo em função judicante. O trato com pessoas atingidas por contingências tais como a velhice, a incapacidade laborativa e a impossibilidade de auferir ganhos para sustentar-se de per si, requer do magistrado sensibilidade e consciência social.

⁸³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 149.

⁸⁴ SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. São Paulo: USP, 2010. 276 p. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Trabalho e Previdência Social da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 220.

Isso porque o aspecto primordial, definidor da busca pelo sistema de proteção securitária, é a necessidade, conforme salienta Savaris

O critério central para a atribuição de direito de proteção social é, portanto, o da *necessidade* reclamada pelos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa, isto é, uma necessidade no sentido amplo que deriva da exigência de que cada pessoa tenha uma existência condigna. A Previdência Social existe para a pessoa humana, para assegurar-lhe a existência, promover-lhe a dignidade, para socorrer-lhe na necessidade e ampliar-lhe, pelo princípio da igualdade, as reais condições de exercer a liberdade⁸⁵.

Dessa forma, o Direito Previdenciário é terreno fértil para a efetivação de direitos fundamentais, tais como o direito à igualdade – consubstanciado, em tal seara, no solidarismo social – e o resguardo da dignidade humana, atentando sempre para as peculiaridades do caso concreto.

Nesse sentido, assume particular relevância a disposição insculpida no artigo 5º, §1º, da Constituição da República⁸⁶, que confere aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos fundamentais. Tal norma possibilita “afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível”⁸⁷.

Destarte, o Poder Judiciário também é vinculado, mediante sua atuação, a extrair das normas garantidoras de direitos fundamentais a máxima efetividade. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet

[...] é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais [...]. Neste contexto, constata-se que os direitos fundamentais constituem, ao mesmo tempo, parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito⁸⁸.

A interpretação/aplicação de todos os direitos garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial do Direito Previdenciário, por seu caráter garantidor

⁸⁵ SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. São Paulo: USP, 2010. 276 p. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Trabalho e Previdência Social da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 253/254.

⁸⁶ Art. 5º [...] §1º “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 272.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 381.

do mínimo existencial à vida digna, deve ser realizada tendo como baliza os ditames constitucionais, sobretudo os direitos fundamentais, que são, como visto, autoaplicáveis.

Sendo, no dizer de Lenio Luiz Streck, “no caso concreto que se dará o sentido [do texto legal], que é único, irrepetível”⁸⁹, que a compreensão adequada de uma lei só pode ser feita de acordo com sua finalidade⁹⁰, bem como que se deve maximizar a aplicação dos direitos fundamentais, a interpretação/aplicação na seara previdenciária não pode ser automatizada, alienada dos meandros do caso e das consequências exteriores das decisões levadas a efeito pelos julgadores.

Feitas tais considerações, que servirão de base para a investigação posterior, passa-se à análise da existência de lacuna normativa quanto à proteção do risco social “necessidade de auxílio permanente de terceiros” no caso de aposentado por idade, tempo de contribuição ou tempo especial que venha a se tornar inválido após a aposentação e, por consequência, necessite do citado auxílio para a prática de atos da vida cotidiana.

2.2 Da existência de lacuna e de sua colmatação por meio da analogia

Tendo em vista o discorrido quando da exposição das diferentes correntes teóricas acerca da existência ou inexistência de lacunas no ordenamento jurídico (item 1.3.1), para que se proceda à análise do presente caso é necessário tomar posição, adotando alguns entendimentos e afastando outros.

Primeiramente, não se pode conceber ordenamento jurídico como sinônimo de ordenamento legal, tampouco reduzir a interpretação a mero exercício lógico ou à análise da sintaxe do texto legal.

As teorias do espaço jurídico vazio e da norma geral exclusiva, expressões da teoria positivista, são insuficientes para dar conta da complexidade do direito na

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Orgs.). **Olhares hermenêuticos sobre o Direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 351.

⁹⁰ SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. São Paulo: USP, 2010. 276 p. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Trabalho e Previdência Social da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 223.

atualidade, pois o limitam ao texto legal. A restrição da análise ao texto escrito acaba por desprezar o necessário juízo de correspondência da norma positivada com o sistema jurídico em que se encontra, bem como com a própria Constituição Federal, pois não atenta para as finalidades da lei em exame e, por consequência, para a constitucionalidade de seus postulados.

O fato de estar expresso no texto do artigo 45 da Lei 8.213/91 a possibilidade de concessão do adicional à aposentadoria por invalidez, silenciando o dispositivo sobre as demais aposentadorias, não isenta o julgador de investigar a constitucionalidade da norma e sua correspondência com o sistema em que está inserida, sobretudo em um caso como este, no qual a lei instaura distinções. Ora, toda interpretação legal deve ser efetuada levando-se em conta não só o texto legal, mas a situação fática e as disposições constitucionais a respeito.

Ainda, não se pode aceitar a tese da completude da legislação, pois não é viável que sejam abarcadas todas as hipóteses possíveis de aplicação da lei em um dado texto normativo. O mundo da vida é dinâmico e os regulamentos legais têm de ser atualizados para dar conta das modificações ocorridas no transcurso de sua vigência. Ademais, os legisladores, assim como todos os demais seres humanos, são falhos, e estão sujeitos a incorrer em atecnias. Admitir a completude do texto legal é também admitir suposta infalibilidade dos legisladores, que se antecipariam aos casos concretos carecedores de solução e já apresentariam resposta acabada a todos eles. Em tal situação o fazer dos juízes seria, portanto, reduzido à mera subsunção, ante a completude do produto do trabalho legislativo.

Dessa forma, por entender que não é possível reduzir o direito àquilo que resta positivado nos códigos e leis esparsas, sem atentar para os princípios, para a situação fática e para os ditames constitucionais, não serão utilizadas as citadas teorias.

Igualmente, partindo-se do pressuposto de que o direito não se resume à lei, não se pode concordar com a existência de lacuna no direito, mas apenas na própria lei. Isso porque as normas constantes no artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e no artigo 126 do Código de Processo Civil têm como objetivo justamente o “fechamento do sistema”, a complementação do ordenamento legal pelo ordenamento jurídico, possibilitando que sempre haja resposta jurídica para o caso concreto. Se a resposta não está disposta na literalidade do texto legal, não quer

dizer que não haja resposta jurídica adequada, a qual pode dar-se por meio da aplicação de princípios constitucionais ou da analogia, por exemplo.

Ademais, a análise da ocorrência ou não de lacuna deve ser orientada pelo fato social que demanda regulamentação, mas não está contemplado em lei alguma – existência de “incompletude insatisfatória” na legislação, no dizer de Engisch⁹¹ -- e que, por sua similitude, pode entrar no mesmo âmbito de regulamentação de lei que dispõe sobre situação similar – situações fáticas com semelhante valoração devem ter semelhante regulamentação, consoante Larenz⁹².

No caso sob análise, o fato social que demanda a concessão do adicional de 25% é a necessidade de auxílio permanente de terceira pessoa para a realização das atividades cotidianas, proveniente da denominada “grande invalidez”. Em tese, poderia ser dito que há norma que contemple o referido risco social, visto que o artigo 45 da Lei 8.213/91 dispõe exatamente sobre a cobertura previdenciária da necessidade de auxílio proveniente de acometimento por grande invalidez.

Porém, a menção à aposentadoria por invalidez no texto da lei acaba por, na interpretação literal realizada pela maioria da jurisprudência, impedir a concessão do benefício para os aposentados que recebem outra espécie de aposentadoria. Assim, partindo dessa interpretação, o risco social abarcado pela norma seria apenas a necessidade de auxílio permanente de terceiros dos aposentados por invalidez, o que força a concluir-se que não há norma que contemple o referido infortúnio quando este se dá com aposentado por idade, tempo de contribuição ou tempo especial.

No entanto, os casos em que a grande invalidez acomete aposentados pelas outras espécies de aposentadoria não podem ser considerados como irrelevantes para o sistema securitário. O risco social, em realidade, é praticamente o mesmo que acomete os aposentados por invalidez, razão pela qual demanda regulamentação. Por mais que se argumente no sentido de que o princípio da seletividade, entendido como o mandato específico outorgado ao legislador “com o fim de estudar as maiores carências sociais em matéria de seguridade social,

⁹¹ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 279.

⁹²LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 531.

oportunizando que essas sejam priorizadas em relação às demais”⁹³, possibilitaria tal distinção, é certo que as diferenciações levadas a efeito pelo legislador não podem prescindir de fundamento fático ou jurídico que as ampare. Como referido pelo Juiz Federal Roger Raupp Rios⁹⁴ em seu voto, o fator de diferenciação deve ser o risco social protegido, não a espécie de benefício previdenciário que percebe o segurado. No mesmo sentido é a lição de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

A interpretação ao princípio da seletividade das prestações deve ser no sentido de que o adicional é devido/necessário a quem necessita do acompanhamento de terceiros independentemente da espécie de aposentadoria.

Cabe realçar que a distinção entre os beneficiários representa uma diferenciação, que se afigura intolerável, injurídica e inconstitucional, uma vez que o risco social objeto de proteção previdenciária **consiste na necessidade da assistência permanente de outra pessoa, pouco importando a espécie de aposentadoria concedida**⁹⁵.

É insatisfatória, portanto, a não contemplação dos demais aposentados, sendo que, pelo caráter protetivo que orienta as normas de Direito Previdenciário, pode-se afirmar que o âmbito de regulamentação da lei ficou aquém do que deveria.

Frise-se que, ao entender-se não haver lacuna no caso em apreço, como bem ressalta Roger Raupp Rios, seria caso de entender-se pela inconstitucionalidade do art. 45 da Lei 8.213/91. Não obstante, trataremos da inconstitucionalidade e dos princípios constitucionais que se aplicam ao caso no próximo subcapítulo.

Quanto à situação de semelhança que permitiria a utilização da analogia, importante tecer alguns comentários, tendo em vista os argumentos em sentido contrário esposados pelos Juízes Federais Carlos Felipe Komorowski e Carla Evelise Justino Hendges.

Ambos os magistrados manifestaram não haver igualdade fática entre aposentados por invalidez que dependam de auxílio permanente de terceiros e

⁹³ DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 30.

⁹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento a reexame necessário para manter sentença de procedência do pedido de concessão do adicional de 25% à aposentada por idade**. Reexame necessário nº 0023183-70.2013.404.0000/RS. Olívia do Nascimento Conceição e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. 11 fev. 2014 Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6504550&hash=4ea4da7e9077acc743f5b1080da3dfdc>. Acesso em: 22 out. 2014.

⁹⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca, p.579, grifo nosso.

aposentados por outras espécies de aposentadoria que também necessitem do referido auxílio, haja vista também serem inválidos. A base fática, contudo, não é distinta. Já foi dito que o Direito Previdenciário tem como objetivo a proteção do segurado contra os riscos sociais. No caso do adicional de 25%, o risco social a ser coberto é a necessidade de auxílio permanente de terceiros, decorrente da chamada “grande invalidez”. Os magistrados entendem que o fato do risco “invalidez” – incapacidade permanente para todas as atividades laborativas –, que dá azo à aposentadoria por invalidez, ser fato imprevisto, inesperado, faz com que sejam as bases fáticas distintas, já que a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade podem ser, de certo modo, calculadas, previstas. Assim, a “imprevisibilidade” seria o fator de diferenciação.

Ocorre que ao assim decidir, os magistrados acabam por confundir o risco social coberto pela aposentadoria por invalidez com o coberto pelo adicional de 25%. A aposentadoria por invalidez cobre a incapacidade laborativa permanente e total, o adicional de 25%, por seu turno, cobre a necessidade de auxílio permanente de terceiros em razão de grande invalidez, que é uma exacerbação do estado de incapacidade, pois impede até mesmo o exercício das atividades cotidianas, como alimentar-se e banhar-se, por exemplo. No primeiro benefício se afere a (im)possibilidade de trabalhar, no segundo a (im)possibilidade de manutenção por si só, a realização de atos comuns do dia a dia.

Além disso, o auxílio permanente de terceiros também é fato inesperado, assim como a invalidez que dá azo à aposentadoria. Tanto é assim que a grande invalidez pode não ocorrer ao mesmo tempo que a invalidez comum, podendo ser aquela decorrente do agravamento da patologia geradora da invalidez, por exemplo. Ademais, não há nenhuma disposição legal que estabeleça o momento em que deve o segurado passar a necessitar de auxílio para fazer jus ao adicional, podendo perfeitamente passar a ter direito a ele anos após aposentar-se.

Assim, não há que se confundir a grande invalidez, que impossibilita que o segurado venha a, sem o auxílio de terceiro pessoa, praticar atos básicos da vida cotidiana, com a invalidez para atividades laborativas (impossibilidade permanente de trabalhar).

Destarte, não há diversidade de bases fáticas, devendo a necessidade dos aposentados por idade, tempo de contribuição e tempo especial receber a mesma qualificação jurídica que a necessidade do aposentado por invalidez. Em realidade,

todos eles são inválidos, sendo distinta apenas a espécie de aposentadoria. Como se sabe, nada impede que, a título de exemplo, um aposentado por idade venha a tornar-se inválido após seu jubileamento, fato este que requer a mesma proteção deferida a um aposentado por invalidez – o que, no momento em que se cria lei amparando o risco social quanto aos aposentados por invalidez, já não mais depende da vontade do legislador, visto que este não pode instaurar diferenciações infundadas, pois viciadas de inconstitucionalidade.

Tratando-se, portanto, de situações semelhantes, e observada a finalidade da norma, qual seja, garantir reforço ao valor percebido por aposentado, tendo em vista a eclosão de grande invalidez, permitindo que este custeie a manutenção de uma pessoa a seu lado, auxiliando-o na realização dos afazeres do cotidiano, deve ser utilizada a analogia como meio de estender o adicional também ao aposentado por idade, tempo de contribuição e tempo especial.

O uso da analogia para estender o complemento de acompanhante para todas as aposentadorias cumpriria o desiderato de igualar os segurados, eliminando distinção indevida e inconstitucional, pois não assentada em bases fáticas distintas. Ao assim proceder, está-se, pois, efetivando os direitos constitucionais da igualdade e da dignidade humana, garantindo amparo previdenciário suficiente a todos os aposentados necessitados da ajuda permanente de terceira pessoa, sem efetuar diferenciação entre eles.

Caso se entenda pela inocorrência de lacuna normativa, deve ser emprestada interpretação conforme a Constituição ao artigo 45 da Lei 8.213/91. Isso porque, ao conceber que a disposição legal é taxativa, configurando silêncio eloquente do legislador quanto à aplicação do adicional às outras aposentadorias, o intérprete está a restringir o direito à benesse sem justificativa razoável, incorrendo em inconstitucionalidade. Trataremos sobre a temática a seguir, procurando demonstrar a viabilidade de extensão do adicional desde já, sem a necessidade de esperar pela promulgação de lei nesse sentido – como dito, há projeto de lei em tramitação, porém não há certeza de sua aprovação pelo Congresso Nacional.

2.3 Da extensão do adicional por meio da interpretação conforme a Constituição

Como já referido, a discussão sobre a constitucionalidade do art. 45 da Lei 8.213/91 diz respeito à ofensa ao princípio da isonomia, tendo em vista a discriminação entre aposentados por invalidez e os demais aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social perpetrada pela legislação.

Visto que não há diversidade de bases fáticas para que se pudesse fundamentar a distinção entre aposentados, o entendimento de que a norma legal é taxativa, no sentido de não permitir que outros aposentados que não os por invalidez tenham o acréscimo de 25% no valor de seu benefício, há de ser considerado inconstitucional. Cogita-se da declaração da inconstitucionalidade da norma se interpretada da referida forma, e não da inconstitucionalidade da norma em si, haja vista as consequências distintas que a opção por uma ou por outra trazem consigo.

A interpretação conforme a Constituição, como já dito alhures, homenageia a presunção de constitucionalidade das leis editadas pelo Poder Legislativo, buscando, ao invés da declaração de inconstitucionalidade total da disposição legal, conformá-la à Carta da República.

Já a declaração de inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei 8.213/91 haveria por extirpá-lo do ordenamento jurídico, fazendo com que todos os aposentados atingidos pelo risco social “necessidade de auxílio permanente de terceiros”, incluindo os aposentados por invalidez, não sejam compensados financeiramente com o valor de 25% sobre sua aposentadoria. A necessidade de tratamento paritário entre os aposentados atingidos por tal contingência não pode, sob pena de indesejável recuo na proteção previdenciária, extinguir o benefício.

André Gustavo Corrêa de Andrade⁹⁶, referindo entendimento doutrinário corrente, aduz que, ante a alegação de que uma lei é inconstitucional, o julgador teria apenas três possibilidades: I) reconhecer a compatibilidade da lei com a Constituição; II) reconhecer a incompatibilidade entre o texto legal e a Constituição, deixando de aplicar a lei (controle difuso) ou declarando inconstitucional o dispositivo infraconstitucional (controle concentrado); III) o reconhecimento de que, dentre as diversas interpretações razoáveis do texto legal, uma delas é considerada

⁹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dimensões da interpretação conforme a Constituição**. Banco do Conhecimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2008, p. 12. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d4d29181-ba2a-42f1-83dafd93a5b86397&groupId=10136>. Acesso em: 27 out. 2014.

compatível com a Constituição, sendo as demais afastadas, preservando-se o texto com o emprego da interpretação legítima (interpretação conforme a Constituição).

Em que pese o entendimento da doutrina majoritária, existe a possibilidade de o magistrado, ao analisar a constitucionalidade do dispositivo legal, incorporar ao texto elementos dele não constantes expressamente, para que se coadune com os mandamentos constitucionais, quando da interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido, novamente André Gustavo Corrêa de Andrade:

A ideia de que o julgador venha a reconstruir a norma, incorporando no texto legal elementos dele não constantes expressamente, é repudiada em geral pela doutrina, ao argumento de que haveria usurpação da função legislativa.

Há situações, no entanto, nas quais a interpretação conforme a constituição aponta para uma heterointegração do texto infraconstitucional, para adaptá-lo ao comando constitucional. Isso se dá, geralmente, em casos nos quais está em jogo o princípio constitucional da isonomia (em qualquer de suas feições)⁹⁷.

E não é outro o caso do presente estudo. Como expresso no subcapítulo anterior, há igualdade de bases fáticas entre o aposentado por invalidez e os demais aposentados do Regime Geral de Previdência social acometidos de grande invalidez. Assim sendo, a discriminação entre eles perpetrada afronta o princípio da isonomia. Porém, não tendo sido delineados mais pormenorizadamente o conteúdo do princípio e os critérios para identificação de desrespeito a ele, passa-se a tratar de tais questões, com o fito de demonstrar de forma mais clara a ofensa à isonomia existente na interpretação literal do artigo 45 da Lei 8.213/91.

Sabe-se que o princípio da isonomia não diz respeito apenas à igualdade das pessoas perante a lei, no sentido de que a legislação atinge a todos indistintamente. Tal é apenas uma das características do princípio da igualdade, que, tomado nessa acepção, confunde-se com o atributo de generalidade do ordenamento jurídico. A outra faceta do princípio da igualdade é a imposição de limitação ao legislador, proibindo-o de editar lei em desconformidade com a isonomia. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é interdito deferir disciplinas diversas para

⁹⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dimensões da interpretação conforme a Constituição**. Banco do Conhecimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: 2008, p.12-13. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d4d29181-ba2a-42f1-83dafd93a5b86397&groupId=10136>. Acesso em: 27 out. 2014.

situações equivalentes”⁹⁸. É este o mandamento do referido princípio, proveniente da função conformadora da atuação legislativa, impedindo que haja perseguições e favoritismos plasmados em lei.

Assim, a análise a ser feita não pode prescindir da investigação dos fatores de distinção escolhidos pelo legislador, assim como da pertinência deles com o tratamento jurídico diversificado. Visto que a legislação sempre traz consigo alguma diferenciação, pois sempre elege determinada situação como carecedora de regulamentação, diferenciando-a de outra que não entraria em seu âmbito regulatório, é necessário que se estabeleçam critérios para aferir a (in)compatibilidade da lei com o princípio da isonomia.

Nesse sentido, Bandeira de Mello apresenta critérios para identificação de desrespeito ao supracitado princípio:

O reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre fato erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados⁹⁹.

Assim, a distinção legal que não observar qualquer dos elementos acima listados ofenderá o princípio da isonomia.

Esmiuçando cada um deles, tem-se que: a) o fator de desigualação não pode ser um traço específico, que singularize de absoluto, no presente e definitivamente, um sujeito destinatário da disposição legal; da mesma forma, não pode ser eleito como traço diferencial elemento que não exista na pessoa, coisa ou situação discriminada¹⁰⁰. Como exemplos de fatores de desigualação que não podem ser utilizados pelo legislador, pois afrontariam o princípio da igualdade, destacamos a concessão de benefício/imposição de obrigação a um indivíduo específico, no primeiro caso, e a concessão de benefício/imposição de obrigação a determinadas pessoas apenas pelo fato de morarem em determinada localidade (erigindo apenas a localidade como fator de discriminação, não eventuais fatores decorrentes da

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.9.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 21.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.23.

residência na localidade, como maior exposição a determinado agente biológico encontrado por lá com abundância, exemplificativamente), no segundo caso.

b) Celso Antônio Bandeira de Mello refere que há ofensa à isonomia quando o “[...] fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto”¹⁰¹. Assim, o fator de diferenciação deve guardar pertinência com os efeitos jurídicos atribuídos a ele. Pode-se trazer de exemplo, para melhor compreensão, a promulgação de uma lei que viesse a exigir prova de força física para o cargo de analista processual. A referida lei violaria o princípio da isonomia, visto que não há pertinência lógica entre o fator de discriminação – força – e o exercício do cargo de analista, predominantemente intelectual, não sendo isonômico dar prevalência aos “mais fortes” em tal situação.

c) Já a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição, diz respeito à necessidade de, com a distinção levada a efeito, efetivar direitos constitucionais ou garantir situações compatíveis com os interesses albergados pela Constituição. A discriminação legislativa não pode contrariar interesse constitucional, mesmo que haja nexos lógicos entre o fator de diferenciação e o efeito jurídico pretendido.

Destarte, aplicando-se esses critérios à investigação da constitucionalidade da discriminação perpetrada no artigo 45 da Lei 8.213/91, tem-se que há violação do princípio da isonomia em razão da inobservância do critério “b” acima listado, qual seja, correlação lógica abstrata existente entre fato erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado.

Como refere Bandeira de Mello

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função de desigualdade afirmada¹⁰².

No presente caso, a espécie de aposentadoria foi erigida como critério discriminatório, pois mesmo aqueles que cumprem o requisito de incapacidade de

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

¹⁰² *Ibidem*.

sobreviver sem o auxílio de outra pessoa, se aposentados por outra espécie de aposentadoria que não a por invalidez, não fazem jus ao acréscimo, conforme a interpretação corrente.

Ocorre que não há justificativa para vincular a concessão do adicional apenas aos aposentados por invalidez. Inexiste correlação entre o elemento de discriminação – espécie de aposentadoria – e os efeitos jurídicos atribuídos a ela – concessão do adicional. Isto porque não são apenas os aposentados por invalidez que podem vir a necessitar de auxílio permanente de terceiros em razão de grande invalidez, a qual, frise-se mais uma vez, difere da invalidez pura e simples. A grande invalidez não permite a vida independente do segurado, estando os casos listados, exemplificativamente, no Decreto 3.048/99; ao passo que a invalidez requer apenas a impossibilidade da prática de atividades laborativas. Dessa forma, é notório que não há nexos necessários entre a aposentadoria por invalidez e a necessidade de auxílio permanente de terceiros, pois esta necessidade também acomete os demais aposentados.

Assim, não deve ser a espécie de aposentadoria o fator de discriminação, mas sim o risco social coberto. Se o risco social é a necessidade permanente de auxílio de terceiros, proveniente da chamada grande invalidez, e se tal risco pode ocorrer tanto com segurados aposentados por invalidez quanto com segurados aposentados por outra espécie, o fator “tipo de aposentadoria” não guarda pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado.

Além disso, como visto na apresentação do conceito e das características pertinentes ao adicional de 25%, ele tem regras próprias, diversas das da aposentadoria por invalidez, sendo até mesmo, como ressaltado por Daniel Pulino¹⁰³, um benefício específico, denominado de “benefício por grande invalidez” pelo autor.

Uma das especificidades do adicional, como já demonstrado no subcapítulo 1.1, é seu caráter assistencial. Ante a ausência de contribuição específica, proveniente da falta de menção legislativa sobre fonte de custeio, há de se concluir que o complemento de acompanhante é assistencial, calcado apenas na necessidade do segurado. Portanto, não havendo necessidade de fonte de custeio específica para a concessão do adicional sobre a aposentadoria por invalidez,

¹⁰³ PULINO, Daniel. **A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.E-book. ISBN 8536100141, p. 62.

também não deve ser necessário para sua concessão às aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial. Ainda, conforme observa José Antônio Savaris¹⁰⁴, a necessidade de precedência de fonte de custeio, prevista no artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição¹⁰⁵, tem como destinatários os agentes responsáveis originariamente pela formulação e implementação de políticas públicas, não o juiz que tem de decidir determinado caso que a ele se apresenta. Assim, a necessidade de fonte de custeio prévia, um dos argumentos mais utilizados para negar a extensão, também não seria óbice a ela.

Colocadas tais questões, vê-se que não há razão suficiente para atrelar a concessão do acréscimo ao recebimento de aposentadoria por invalidez, portanto. Nesse ponto, em que pese o escopo do presente trabalho ser a possibilidade de aplicação do adicional às demais aposentadorias, sem incluir na análise outros benefícios, é importante asseverar que sua extensão ao benefício de auxílio-doença, em uma primeira análise, não seria possível. Nesse sentido, há de se considerar que caso um beneficiário de auxílio-doença for acometido de grande invalidez, deve ele ser aposentado por invalidez, incidindo o adicional de 25%. Necessitando de amparo de terceira pessoa, é óbvio que o segurado não poderá laborar permanentemente, o que dá azo à concessão da aposentadoria por invalidez. Ainda, o adicional é concedido para aqueles que necessitem permanentemente do auxílio, não temporariamente. Tratando-se o auxílio-doença de benefício temporário, não é possível a concessão em tal caso. Ressalte-se que tal digressão é pertinente em razão de certa similitude entre tal benefício e a aposentadoria por invalidez.

Igualmente, com o intuito de demonstrar a efetiva ocorrência de inconstitucionalidade, importante referir novamente uma das razões de decidir utilizada pela magistrada Carla Evelise Justino Hendges¹⁰⁶ para fundamentar seu

¹⁰⁴ SAVARIS, José Antonio. A aplicação judicial do direito da Previdência Social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência do custeio: o argumento “alakazam”. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v.10. n. 10. julho/dezembro 2011, p. 292. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/14/13>> Acesso em: 28 out. 2014.

¹⁰⁵ Art. 195 [...]. §5º: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.” BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2014.

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento a reexame necessário para manter sentença de procedência do pedido de concessão do adicional de 25% à aposentada por idade**. Reexame necessário nº 0023183-70.2013.404.0000/RS. Olivia do Nascimento Conceição e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador

voto pela impossibilidade de extensão do adicional. Como visto, ela aduz que não existiria inconstitucionalidade no presente caso, pois a concessão do adicional não decorre diretamente da Constituição Federal, não sendo determinada por ela, e, por consequência, a Lei 8.213/91 não ofenderia a Lei Fundamental mesmo que não tivesse criado o benefício. Porém, deve ser asseverado que tendo sido criado o adicional apenas para os aposentados por invalidez sem a necessária justificação para que os demais aposentados que também estejam em situação de grande invalidez não sejam beneficiados por ele, há afronta ao princípio constitucional da isonomia, que detém força normativa, sendo, sim, caso de inconstitucionalidade. Não obstante, como frisado pelo Desembargador Rogério Favreto¹⁰⁷, o Brasil assinou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que possui caráter de emenda constitucional, ante sua acolhida pelo Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. A referida convenção traz, em seu artigo 1º, o propósito para o qual foi instituída e a definição de pessoas com deficiência para os fins da legislação, nos seguintes termos:

O propósito da presente Convenção é 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. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas¹⁰⁸.

De sua análise, verifica-se que o conceito de pessoa com deficiência física encaixa-se com o conceito de pessoa acometida por grande invalidez, pois ambas possuem impedimentos que obstaculizam sua participação plena e efetiva na

Federal Rogério Favreto. 11 fev. 2014 Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6504550&hash=4ea4da7e9077acc743f5b1080da3dfdc>. Acesso em: 28 out. 2014.

¹⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento a reexame necessário para manter sentença de procedência do pedido de concessão do adicional de 25% à aposentada por idade.** Reexame necessário nº 0023183-70.2013.404.0000/RS. Olivia do Nascimento Conceição e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. 11 fev. 2014 Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6504550&hash=4ea4da7e9077acc743f5b1080da3dfdc>. Acesso em: 28 out. 2014.

¹⁰⁸ BRASIL. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 28 out. 2014.

sociedade. E, para que não se faça letra morta da disposição, mesmo que se entenda ter ela caráter programático, a interpretação de uma legislação infraconstitucional, por todo o já exposto anteriormente, que trate dos direitos das pessoas com deficiência, deve dar-se em consonância com seu propósito protetivo, visto que à Convenção foi atribuído *status* de emenda constitucional.

Dessa forma, tanto em razão da ofensa ao princípio da isonomia quanto da necessidade de observar-se a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a interpretação de que o artigo 45 da Lei 8.213/91 é taxativo, possibilitando a concessão do acréscimo apenas à aposentadoria por invalidez, é inconstitucional.

Nesse sentido apontam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, ao defenderem a necessidade de deferir tratamento isonômico entre os aposentados que necessitam de auxílio permanente para a realização das atividades diárias, citando como exemplo a ser seguido a equiparação legal entre os aposentados do Regime Próprio dos Servidores Públicos Federais:

Entendemos que os aposentados acometidos de impedimentos para as atividades elementares do cotidiano devem ter tratamento isonômico pela Previdência em relação aos aposentados por invalidez (a exemplo do que ocorre, por exemplo, no Regime Próprio dos Servidores Públicos Federais com a majoração dos proventos proporcionais para integrais pela superveniência de moléstia grave – art. 190 da Lei n. 8.112/90, com a redação conferida pela Lei n. 11.907/2009) e neste sentido serem beneficiados pelas mesmas vantagens¹⁰⁹.

O artigo 190 da Lei 8.112/90, referido pelos doutrinadores, tem a seguinte redação:

Art. 190. O servidor aposentado com provento proporcional ao tempo de serviço se acometido de qualquer das moléstias especificadas no § 1º do art. 186 desta Lei e, por esse motivo, for considerado inválido por junta médica oficial passará a perceber provento integral, calculado com base no fundamento legal de concessão da aposentadoria¹¹⁰.

¹⁰⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca, p. 579.

¹¹⁰ BRASIL. Lei 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 28 out. 2014.

Verifica-se, portanto, que em caso de superveniência de moléstia grave, o legislador igualou todos os aposentados pelo Regime Próprio dos Servidores Públicos Federais, não tendo o mesmo cuidado quanto aos aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social. Porém, tal situação é um precedente que demonstra a possibilidade de igualarem-se diferentes espécies de aposentadoria em casos de superveniência de enfermidade grave.

André Gustavo Corrêa de Andrade, ao referir a utilização da interpretação conforme a Constituição com adição de sentido, adaptando o texto infraconstitucional ao comando constitucional, traz o seguinte caso:

Exemplo colhido na jurisprudência é o de lei estadual que concedeu aumento remuneratório (sob a roupagem de gratificação) a servidores da ativa, deixando de fora os inativos, com violação ao princípio do art. 40, § 4º (na redação anterior), da Constituição Federal. O STF, apreciando a questão, assim decidiu: “Gratificação de encargos especiais que não remunera serviços especiais, e que se constitui em aumento de vencimentos, embora com outro nome: sua extensão aos inativos, na forma do disposto no art. 40, § 4º, da C.F.”¹¹¹.

Nessa situação, houve o Supremo Tribunal Federal por estender o direito de aumento dos vencimentos também aos inativos, com base no princípio da isonomia, em vez de declarar a inconstitucionalidade da norma e excluí-la do ordenamento jurídico. Isso porque a exclusão da norma levaria à impossibilidade de aumento remuneratório, quando, em realidade, a inconstitucionalidade residia no tratamento díspar entre os servidores ativos e inativos, e não no aumento concedido.

Da mesma forma, em sede de controle difuso essa solução também é a mais adequada, visto que, como refere o já citado André Gustavo Corrêa de Andrade, ao comentar o caso em testilha, “em sede de controle difuso, a ofensa ao princípio da isonomia só pode ser corrigida com a extensão aos servidores inativos do direito concedido aos servidores em atividade”¹¹².

Havendo, portanto, omissão parcial do legislador, como ocorre no exemplo acima citado e também no caso de limitação textual da concessão do adicional de 25% apenas aos aposentados por invalidez, é possível a adição de sentido para que

¹¹¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dimensões da interpretação conforme a Constituição**. Banco do Conhecimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2008, p. 13. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d4d29181-ba2a-42f1-83dafd93a5b86397&groupId=10136>. Acesso em: 28 out. 2014.

¹¹² *Ibidem*, p. 13.

a norma se conforme ao princípio da isonomia, adequando-se à Constituição Federal.

Assim, partindo da concepção de que o ato de interpretar é essencialmente constitutivo do significado do texto interpretado, conclui Andrade¹¹³ que não deve causar estranheza o emprego da interpretação conforme a Constituição como mecanismo de correção ou adequação do texto legal, não ficando seu uso adstrito à nulificação do texto.

De se frisar que neste caso não está o julgador a imiscuir-se na função legislativa, pois está apenas adequando a interpretação da norma jurídica aos ditames constitucionais. Se o direito não está mais adstrito apenas à lei, e a interpretação não mais se confunde com a mera subsunção, a concessão do adicional às demais aposentadorias por meio do Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos poderes, razão pela qual independe de lei que assim disponha literalmente. Entender em sentido contrário é negar a possibilidade de o juiz realizar controle de constitucionalidade das leis, função que também o acomete. Em todo o caso, já se comentou sobre a existência de projeto de lei¹¹⁴ que visa modificar o art. 45 da Lei 8.213/91, para que nele conste expressamente a referência às aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial, que, se aprovado, virá a por um fim a tal celeuma. Contudo, enquanto o projeto é discutido no Congresso Nacional, faz-se necessário tutelar os direitos daqueles que necessitam, atualmente, de proteção em face de grande invalidez.

Dessa forma, verifica-se que é possível a extensão do adicional de 25% sobre as demais aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social utilizando-se a interpretação conforme a Constituição, ante a ofensa ao princípio da isonomia que a leitura taxativa do artigo 45 da Lei 8.213/91 produz. O fazer interpretativo nesses moldes – estendendo o acréscimo – é mais afinado com os ditames protetivos do Direito Previdenciário, privilegiando a proteção às pessoas com deficiência e atingindo, assim, o valor fundamental do ordenamento jurídico pátrio, que é o resguardo da dignidade da pessoa humana.

¹¹³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dimensões da interpretação conforme a Constituição**. Banco do Conhecimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2008, p. 14. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d4d29181-ba2a-42f1-83dafd93a5b86397&groupId=10136>. Acesso em: 28 out. 2014.

¹¹⁴ Projeto de Lei do Senado nº. 493/2011, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados sob o n.º 4.282/2012.

CONCLUSÃO

O estudo realizado teve como objetivo investigar a possibilidade de concessão do adicional de 25% sobre o valor da aposentadoria por invalidez, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/91, às demais aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social, no âmbito do Poder Judiciário. Para tanto, investigou-se duas possibilidades, discutidas pela jurisprudência sobre a temática como caminhos viáveis para a extensão: se a inexistência de previsão do acréscimo para a aposentadoria por idade, tempo de contribuição e especial configuraria lacuna normativa, e se a interpretação taxativa do referido dispositivo legal não traria consigo inconstitucionalidade, ante possível violação ao princípio constitucional da isonomia.

A pesquisa desenvolveu-se sob o viés da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição da República, atentando para os fins sociais e humanitários do Direito Previdenciário.

Findo o trabalho, conclui-se que, tendo em vista que a função interpretativa delegada ao Poder Judiciário não se resume à subsunção do fato ao texto legal, pois não prescinde da interpretação do texto em consonância com o sistema jurídico em que está inserido, tampouco do controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, é possível a extensão do adicional por meio da analogia e/ou da interpretação conforme a Constituição, sem a necessidade de lei que expressamente permita a concessão do acréscimo às demais aposentadorias.

Para a verificação da ocorrência de lacuna e conseqüente utilização da analogia para colmatá-la, foram usados os conceitos cunhados por Karl Engisch, de incompletude satisfatória, e de Karl Larenz, de tratamento igualitário entre as situações fáticas que se amoldem à finalidade regulatória da lei.

Assim, em razão da ocorrência de lacuna quanto à proteção do risco social “necessidade de auxílio permanente de terceiros” quanto aos aposentados por idade, tempo de contribuição ou tempo especial, admite-se a extensão do adicional a qualquer aposentado do Regime Geral de Previdência Social que necessite de auxílio permanente de outra pessoa em razão de grande invalidez.

Já a extensão por meio da interpretação conforme a Constituição é possível em razão da ofensa ao princípio da isonomia que a leitura taxativa do artigo 45 da Lei 8.213/91 permite, haja vista não existir correlação entre a espécie de aposentadoria detida pelo segurado e seu estado de grande invalidez e consequente necessidade de auxílio de terceiros. Isso porque o fator de discriminação deve ser o risco social a ser coberto, não a espécie de benefício. Existindo igualdade de bases fáticas, todos os aposentados acometidos de grande invalidez devem receber tratamento igualitário, razão pela qual deve ser estendido o adicional.

Ademais, a extensão do adicional observa os postulados da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que possui caráter de emenda constitucional, pois garante à pessoa com deficiência meios para que tenha uma vida digna, prestigiando o princípio da dignidade da pessoa humana, basilar em nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, com base em todo o exposto, conclui-se que há suficientes fundamentos jurídicos a possibilitar a concessão do acréscimo de 25% sobre o valor de todas as aposentadorias do Regime Geral de Previdência Social. O entendimento em sentido contrário peca por não atentar para as peculiaridades do benefício em comento, confundindo seu fato gerador – o risco social que cobre – com o da aposentadoria por invalidez, razão pela qual deve ser revisto.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2009.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dimensões da interpretação conforme a Constituição**. Banco do Conhecimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2008, p.12-13. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d4d29181-ba2a-42f1-83da-fd93a5b86397&groupId=10136>. Acesso em: 27 out. 2014.

APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação Conforme a Constituição**: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. 1. ed. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04. out. 2014.

_____. Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 mai. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm> Acesso em: 02 set. 2014.

_____. Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Lei 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. In: **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 03 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 07**. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0007.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0279.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento a reexame necessário para manter sentença de procedência do pedido de concessão do adicional de 25% à aposentada por idade**. Reexame necessário nº 0023183-70.2013.404.0000/RS. Olivia do Nascimento Conceição e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Desembargador Federal Rogério Favreto. 11 fev. 2014 Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6504550&hash=4ea4da7e9077acc743f5b1080da3dfdc>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Sentença de improcedência do pedido de concessão do adicional do art.45 da Lei 8.213/91 a todos os aposentados e pensionistas que necessitem da assistência permanente de outra pessoa**. Ação Civil Pública nº 5016675-53.2014.404.7100/RS. Ministério Público Federal e Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Juiz Federal Carlos

Felipe Komorowski. 30 mai. 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-nega-estender-adicional.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca.

COELHO NETO, Ubirajara. **Direito Constitucional Previdenciário: princípios e evolução no direito brasileiro**. Palmas: Edição do Autor, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. VitalBook file. Minha Biblioteca.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. VitalBook file. Minha Biblioteca.

NON LIQUET. In: DICIONÁRIO Latim. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/dicionario_latim.html>. Acesso em: 16 set. 2014.

PULINO, Daniel. **A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.E-book. ISBN 8536100141.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAVARIS, José Antonio. A aplicação judicial do direito da Previdência Social e a interpretação perversa do princípio constitucional da precedência do custeio: o argumento “alakazam”. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v.10. n. 10. julho/dezembro 2011, p. 302. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/14/13>> Acesso em: 16 out. 2014.

_____. **Uma teoria judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. São Paulo: USP, 2010. 276 p. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Trabalho e Previdência Social da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos**, v.15. n.1. Jan.2010. Disponível em:<<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 18 set. 2014.

_____. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas Cesar; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Orgs.). **Olhares hermenêuticos sobre o Direito**: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2006.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca.