

## ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: CRIAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA

Nubia Roberta Sobral da Silva<sup>1</sup>  
Hélio Silvo Ourem Campos<sup>2</sup>

### Resumo

Neste artigo, tem-se por objetivo analisar a questão do ativismo judicial no âmbito previdenciário brasileiro, verificando-se os limites de atuação impostos ao judiciário quando do enfrentamento de decisões inerentes a políticas públicas. Para tanto, a pesquisa foi dividida em quatro momentos: no primeiro, analisou-se o ativismo judicial no campo das políticas públicas e, seguidamente, no âmbito do direito previdenciário, tomando-se por base dois casos específicos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, verificou-se em que medida o ativismo judicial cria conflitos de interesses entre os direitos já existentes e os criados, bem como a necessidade de ponderação entre esses direitos. Finalmente, utilizando-se o método dedutivo de pesquisa, pretende-se verificar se o ativismo judicial é prejudicial ou não à segurança jurídica, principalmente quando a decisão toma por base omissão ou ausência de previsão legislativa frente aos Direitos Sociais constitucionalmente consagrados.

**Palavras-chave:** ativismo judicial; direito previdenciário; segurança jurídica.

## JUDICIAL ACTIVISM IN SOCIAL SECURITY LAW: THE JUDICIAL CREATION OF RIGHTS VERSUS LEGAL CERTAINTY

### Abstract

In this article, the objective is to analyze the issue of judicial activism in the Brazilian social security context, verifying the limits of action imposed on the judiciary when facing decisions inherent to public policies. For this purpose, the research was divided into four moments: in the first, judicial activism in the field of public policies was analyzed, and then, in the scope of social security law, based on two specific cases judged by the Federal Supreme Court. Therefore, it was verified to what extent judicial activism creates conflicts of interest between existing rights and those created, as well as the need to weigh these rights. Finally, using the deductive method of research, it is intended to verify whether or not the judicial activism is harmful to legal certainty, especially when the decision is based on omission or absence of legislative provision in the face of constitutionally enshrined Social Rights.

**Keywords:** judicial activism; social security law; legal certainty.

<sup>1</sup> Pós-Graduada pela Universidade de Pisa - Itália. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional (2013). Professora Honorária da Escola Superior de Advocacia - ESA. OAB/PE. Coordenadora do Núcleo de previdenciário da ESA.

<sup>2</sup> Pós-doutorado pela Universidade Clássica de Lisboa (2008-2009). Pós-Doutorado pela Universidade Autónoma de Lisboa (2018-2019). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Doutorado pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa - (Equivalência). Professor Titular e Membro do Conselho Superior da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação, Mestrado e Doutorado). Líder de Grupo de Pesquisa - CNPq: "Política e Tributação: aspectos materiais e processuais". Juiz Federal. ORCID 0000-0001-6162-7024. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1508584545879443>. E-mail: [helio.ourem@unicap.br](mailto:helio.ourem@unicap.br).

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do enfrentamento do problema de como a criação do direito pelos juízes em matéria previdenciária, sobretudo em caso de omissão legal, podem ou não, a um só tempo promover a justiça em detrimento da segurança jurídica.

Em questões de direitos sociais, ainda são poucos os estudos dedicados a analisar criticamente o modo de decidir da cúpula do Poder Judiciário.<sup>3</sup> Talvez porque em questão previdenciária, flagrante é a tensão existente quando de um lado se pretende garantir a proteção dos direitos fundamentais e o mínimo existencial, e de outro lado, o argumento político e econômico, de que certas decisões, acaso mantidas, acabariam por provocar um desequilíbrio financeiro e atuarial ensejador de um colapso econômico.

No presente cenário, o ativismo judicial quando relacionado à questão previdenciária deve observar o conjunto dos preceitos constitucionais relativos à proteção social, e não um preceito isolado.

Assim é que diante desta temática iremos analisar, de modo pontual, o caminho percorrido no judiciário em alguns casos, a exemplo do “auxílio acompanhante” previsto no artigo 45 da Lei 8213/91<sup>4</sup> que prevê o adicional de vinte e cinco por cento tão somente para aposentados por incapacidade permanente que necessitem de um cuidador, mas não estendeu igual benefício aos demais aposentados em igual circunstâncias. Frente a omissão legislativa, a questão chega ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) gerando o tema 982 e posteriormente é reconhecida a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (STF) gerando o tema 1095. Inquietante e reflexiva é a situação: Estaria mesmo legitimado o Judiciário a suprir a omissão legal e estender a benesse a todos os aposentados e não apenas aos que a lei determina? Quais as implicações econômicas e políticas da criação judicial desse direito? Em que medida o reconhecimento ou não desse direito seria garantidor da justiça e segurança jurídica?

Tomando por base o método dedutível, a pesquisa foi dividida em três momentos: no primeiro, o estudo analisou as Políticas Públicas e sua função na defesa dos Direitos Sociais previsto no artigo 6º da Constituição Federal, especificamente no que se refere a previdência social. Seguidamente, sobreveio a análise do Ativismo Judicial no ordenamento jurídico brasileiro, quando no caso concreto é o juiz forçado a decidir sobre o que a norma não previu, ou apenas previu para alguns, e não a todos sujeitos a circunstâncias idênticas, em flagrante violação ao princípio supremo da igualdade, finalmente, buscou-se identificar em que medida tais decisões eram justas ou não e em que medida a proatividade judicial causa instabilidade social e garante a segurança jurídica.

<sup>3</sup> Desde a perspectiva da metodologia judicial, ainda são poucos os estudos dedicados a analisar criticamente o modo de ser do processo de tomada de decisões pela cúpula do Poder Judiciário, em tema de direitos sociais. Quando se tem em mira o exame crítico da racionalidade das decisões judiciais mais importantes em tema de direitos sociais, impressiona o jogo da argumentação jurídica e o grau de pragmatismo e de consequencialismo econômico de extração utilitarista nelas encontrado. (Savaris, 2019).

<sup>4</sup> Lei 8213 de 24 jul.1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

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).

Com base nesses elementos chega-se à conclusão de que, em ações em que se busca a proteção de direitos previdenciários, notadamente em casos de omissão legislativa, o ativismo judicial surge como uma saída. Isto porque o direito envolvido é inerente à dignidade da pessoa humana – alimentos – e portanto, não é razoável exigir o nascedouro da norma para só então decidir a lide. Apesar disto porém, o que se verifica é que tais decisões acabam por envolver um largo espectro social – segurados e beneficiários da previdência – e como consequência frequentemente se reconhece a repercussão geral, cujo balizamento feito pelo Supremo tem sido de reconhecer o caráter político e econômico de tais decisões, e portanto uma extrapolação da competência do poder judiciário. Firmada a tese, as decisões em cumprimentos são anuladas, o que provoca uma imensa insegurança jurídica.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A compreensão do termo política pública exige uma compreensão abrangente. Isto porque conforme diz Bucci (2006), exige-se um programa de ação governamental com observância de processos juridicamente regulados, tais como processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo e processo judicial, visando realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, elegendo-se as prioridades, os meios necessários à consecução e o tempo esperado para o atingimento dos resultados.

Dada a esta complexidade, parece óbvio que o Estado enfrentará óbice à consecução de tais Políticas Públicas e seguramente ou as demandas sociais não serão atendidas do modo ideal, ou não serão atendidas, e é justamente neste cenário que o juiz proativo surge como uma alternativa necessária à concretização dos preceitos constitucionais.

Isto porque o implemento das políticas públicas é o modo de consagrar os Direitos Fundamentais sociais assegurados constitucionalmente e o Estado obriga-se a cumprir estes direitos, tudo porem com observância da legislação pertinente e é justamente aqui que reside o maior problema, já que nem sempre a lei existe, ou existindo são vagas, gerais ou imprecisas, o que implica numa verdadeira delegação de poder ao judiciário como muito bem explica Humberto Theodoro (2006, p.104).

Por simples modismo e, às vezes por comodismo, o legislador contemporâneo é levado à edição de normas incompletas e vagas, que importam em verdadeira delegação de poder normativo aos órgãos da administração e do judiciário. [...] O abuso, contudo, do emprego constante e injustificado de cláusulas gerais pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social. Há na deturpação dessa técnica uma tendência do parlamento de despojar-se, em boa parte, de sua competência legislativa, relegando ao Judiciário completar a tarefa normativa, sem que os indivíduos possam prever, com segurança jurídica, como o órgão aplicador da regra vaga irá colmatá-la.

Toda pessoa porém, tem o legítimo direito de recorrer ao judiciário em busca de proteção dos seus direitos fundamentais<sup>5</sup>, isto aliás é o que preceitua nossa Constituição em seu art. 5º, XXXV ao consagrar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada quando estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim é que, conforme bem preceitua Kelsen (2009), o direito é responsável pela sua própria criação, sendo uma norma determinante do processo pelo qual outra é produzida. Neste sentido, a norma que regula a produção seria chamada por Kelsen de norma superior, já a norma produzida segundo os critérios postos por esta é chamada de norma inferior. A decisão judicial, por sua vez, corresponde a criação de norma jurídica chamada por ele de “norma individual”.

Assim, por vezes parece necessária a intervenção judicial nas políticas públicas vislumbra-se, portanto esta atuação específica, como única alternativa ao atendimento aos direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados, sendo em última análise como lembra Bobbio (*apud* SAVARIS, 2019) que, talvez a matéria relativa à necessidade da adequação de garantias judiciais para a determinação dos direitos fundamentais de seguridade social, seja destacadamente no contexto em que o problema dos direitos não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.

Contudo, há os não simpatizantes da prática do ativismo judicial, por entender que tal conduta ultrapassa a linha demarcatória da função jurisdicional em detrimento da função legislativa, administrativa e até mesmo governamental. Seria conforme elucidado Ramos (2010) uma descaracterização da função típica do judiciário e uma intromissão sorrateira nas atribuições de competências constitucionalmente atribuídas a outros poderes.

Assim, claro está que por vezes é inevitável a postura proativa do juiz. Não se trata, portanto, de defender o uso irrestrito e desmedido da intervenção judicial em matéria legislativa, mas apenas de um emprego racional quando o Poder Executivo e o Poder Legislativo não forem capazes de consagrar os Direitos Sociais.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA: DOIS CASOS ESPECÍFICOS

Antes mesmo de tratarmos de ativismo judicial uma distinção se faz necessária: O que essencialmente significa ativismo judicial e judicialização. De acordo com Barroso (2009, pág.14) os dois institutos são extremamente parecidos, mas em absoluto não são iguais.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A

<sup>5</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969). Ratificação: 25.09.1992; Promulgação no Brasil: Decreto 678, de 06.11.1992.

Artigo 25 - Proteção judicial

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva

Portanto, a teor da distinção acima, a ideia de ativismo judicial associa-se a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, e neste contexto há quem defenda que o ativismo judicial, em causas previdenciárias, acaba por promover a grande judicialização nesta seara do direito.

Aplicando-se diretamente este conceito as normas atinentes à seguridade social, temos que, de acordo com o § 5.º do art. 195 da Constituição, nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Ocorre porém que, apesar deste preceito constitucional, frequentemente, leis genéricas acabam por criar benefícios sem indicação da respectiva fonte de custeio, o que coloca em xeque a garantia da proteção social. Contudo, apesar de criticável, é por demais compreensível, que por conta dos valores envolvidos – direitos de proteção social – é impensável esperar uma lei específica ou os tramites das leis orçamentárias para que ocorra a concessão de determinado benefício.

Se por um lado é verdade que a indicação da respectiva fonte de custeio tem por finalidade garantir um equilíbrio financeiro e atuarial das contas públicas, verdade também é que, direitos de proteção social reclamam urgência já que estamos diante de prestações que garantem o direito a alimentos e em essência a sobrevivência e a dignidade humana. Assim, a omissão ou generalidade legislativa exige uma conduta prática do judiciário: decidir sopesando e ponderando os princípios envolvidos.

Assim, inegável é a necessidade cada vez maior do uso, pelo Judiciário, da hermenêutica jurídica que acaba por criar Direito. Interpretação legislativa que, segundo Pierdoná e Carvalho (2019, p. 80) “extrai de todo o ordenamento a norma aplicável ao caso concreto, cuja costura, muitas vezes de várias leis e princípios, traduz a atividade criadora do juiz.”

Falando de criação judicial previdenciária, vamos analisar especificamente dois casos: *primeiro*, no que se refere a questão do critério da renda per capita nos benefícios assistenciais, especificamente na exclusão da renda do idoso previsto no estatuto do idoso e da extensão dessa mesma benesse aos benefícios previdenciários, e *segundo*, na questão da extensão do auxílio acompanhante – ou grande invalidez – se deve tal benefício ser estendido a outros aposentados, que mesmo inválidos se aposentaram de outro modo diferente da incapacidade definitiva, já que apenas pra estes a lei fez a ressalva permissiva.

E para não dizer que não falamos sobre justiça das decisões, vamos aqui analisar alguns julgados previdenciários, que não obstante todo o embaraço legislativo, o judiciário decidiu inovando a respeito como por exemplo no julgamento dos Recursos

Extraordinários 580.963 e 567.985-3 e na Reclamação n.º 4.374, quanto tratou do critério da vulnerabilidade social – “miserabilidade” - , para efeitos de concessão do benefício assistencial, previsto no inciso V do art. 203 da Constituição e regulado nos artigos 20 e 21 da Lei n.º 8.742/93.

De acordo com a Constituição, no citado preceito, a lei deve estabelecer os critérios para a concessão do benefício devido à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Assim é que foi promulgada a Lei n.º 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)- que fixou como critério objetivo de “miserabilidade” a renda per capita familiar não superior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo.

Ocorre porém que, o estatuto do Idoso<sup>6</sup> no parágrafo único do art. 34 determinou que no cálculo da renda *per capita* familiar, fossem excluídos apenas os benefícios assistenciais concedidos aos idosos pertencentes à família, não podendo o órgão judicial estender essa exceção legal a outros benefícios, tais como os de natureza previdenciária e de assistência ao deficiente. Mas qual a lógica de excluir do cômputo da renda do grupo familiar alguém que receba um benefício assistencial no valor de um salário mínimo, mas não estender a mesma exclusão ao outro membro que recebe benefício previdenciário, embora de valor igual? Admitir situação assim, seria como bem afirma o Ministro Gilmar Mendes no seu voto no RE 580.963 (BRASIL, 2013, p.11), promover resultados bem diferentes para situações exatamente iguais.

Então, aqui o legislador abriu uma exceção para dois benefícios recebidos pelo casal em relação à LOAS. Qual é a argumentação trazida da tribuna? Bom, isto vale para benefício da LOAS mas, se for qualquer outro benefício previdenciário, não, ou, se for um benefício, por exemplo, de idoso e deficiente, também não. Veja, aqui o legislador incorreu em grave equívoco: ou é possível, quer dizer, em situação absolutamente idêntica, fazer a exclusão, pouco importa a origem do benefício, se nós estivermos nesse plano de salário mínimo, ou nós vamos, realmente, para uma situação insustentável, conferindo ao legislador não um poder discricionário, mas um arbítrio, porque, vejam, em situações, do ponto de vista numérico, absolutamente idênticas, nós vamos chegar a resultado díspar.

Como a LOAS, no que se refere a este ponto, permaneceu inalterada, o judiciário passou então a elaborar maneiras de se contornar o critério objetivo e único da fixação da renda per capita do grupo familiar, e passou-se a avaliar no caso em concreto, o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

A tal proposito, a compreensão judicial foi a de que, as várias leis editadas sobre

<sup>6</sup> Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003.

“Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput, não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita, a que se refere a Loas.”

a concessão de outros benefícios assistenciais estabeleceram critérios mais elásticos para a garantias de renda mínimas para os brasileiros, como as várias bolsas criadas pelo governo com critério de meio salário mínimo *per capita* familiar como exigência para a concessão, a exemplo bolsa família (lei 10.386/04); o Programa nacional de acesso à alimentação (Lei 10.689/03); Bolsa escola (Lei 10.2019/01) e outras mais. Então, porque também não alargar o critério da renda mínima per capita para o benefício assistencial?

Assim, o Supremo Tribunal Federal, monocraticamente, começa a rever o posicionamento acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos da renda *per capita* do grupo familiar. Mudanças políticas, econômica e sociais ocorreram, além das mudanças jurídicas decorrentes de leis alteradoras de outros patamares econômicos criadores de outros benefícios assistenciais. Assim, o critério de um quarto do salário mínimo estabelecido na LOAS deixa de ser absoluto devendo agora o judiciário adequar este parâmetro à diretriz constitucional da dignidade da pessoa humana e as especificidades do caso em concreto.

Com isto, como bem aponta o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, (BRASIL, 2013) “esta solução devolve ao juiz a adoção de critérios e, obviamente retira a possibilidade de que o legislador fixe um critério, quer dizer, estabelecendo um mínimo de segurança jurídica.”

De igual modo, outro ponto digno de nota é a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1.720.805-RJ (rito dos recursos especiais repetitivos) que tratou do “auxílio-acompanhante” que prevê um adicional de vinte e cinco por cento previsto no art. 45 da lei n. 8.213/91 para os aposentados por invalidez que necessitem de assistência permanente de terceiro, ampliando esta previsão para outras espécies de aposentadoria cujo beneficiário estejam em igual circunstância.

O “auxílio acompanhante” é pago sobre o valor do benefício ao segurado aposentado por invalidez, que necessite de assistência permanente de terceiro para a realização de suas atividades e cuidados habituais. Este amparo pode inclusive exceder o valor do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e serve para diminuir o risco social consubstanciado no indispensável amparo ao segurado.

Embora os defensores da não extensão do benefício justifiquem a negativa na ausência de previsão legal e de sua respectiva fonte de custeio, fato é que este adicional possui todas as características de um benefício de cunho assistencial já que, *primeiro* o fato gerador é a necessidade de assistência permanente de terceiro para o amparo de uma indigência que já pode estar presente no requerimento administrativo da aposentadoria por invalidez ou ser-lhe superveniente; *segundo*, a concessão pode estar atrelada ou não a moléstia que deu causa à concessão do benefício originário; e finalmente o mais importante, o pagamento do adicional cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporado ao valor no benefício de pensão por morte, circunstância própria dos benefícios assistenciais que, pela ausência de contribuição, são personalíssimos e, portanto, intransferíveis aos dependentes. Por estas características acima descritas, entendeu o STJ tratar-se de um benefício de cunho assistencial e portanto, sem necessidade de lei autorizadora e indicativa da respectiva fonte de custeio.

De fato, a respeito desta questão a melhor doutrina, de acordo com os ensinamentos de Rocha e Baltazar Junior (2014, p. 234-235) é no sentido reconhecer tal direito:

[...] Não há razão para vetar à concessão do acréscimo a partir da vigência da lei, por aplicação do princípio da isonomia. Pela mesma razão, será possível conceder o acréscimo quando a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa for posterior a momento da concessão do benefício, caso em que deveria ser admitida até mesmo a transformação da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria por invalidez. [...] Assim, o reconhecimento do direito à vantagem para os casos aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição não adviria de mera interpretação extensiva, mas sim do processo de interação, mediante analogia. A analogia seria utilizada para reconhecer direito no caso de situação que o legislador claramente não contemplou.

De igual modo, de acordo com a doutrina de Bittencourt (2018) embora o artigo 45 da lei 8.213/91 preveja a possibilidade de implementação de adicional apenas ao aposentado por invalidez, fato é que, independentemente do tipo de aposentadoria concedida, o risco social envolvido é o mesmo nos casos em já haja a necessidade do acompanhamento permanente de um terceiro para cuidar do aposentado invalido.

No mesmo sentido é o entendimento de Savaris (2016) que faz a interpretação referente a este ponto à luz dos princípios e garantias constitucionais concluindo pela possibilidade de extensão do adicional a todas as espécies de aposentadoria nos seguintes termos:

Imagine-se a situação hipotética de dois segurados aposentados que igualmente se encontram severamente incapacitados e absolutamente dependentes da assistência de outra pessoa para o exercício das atividades cotidianas básicas, como higienizar-se, alimentar-se, deambular etc, sendo o primeiro titular de aposentadoria por invalidez e o segundo de uma aposentadoria por idade. Nessa situação, o segurado titular de aposentadoria por invalidez - benefício que pressupõe período contributivo (carência) menor, averbe-se - fará jus ao adicional de 25%, entretanto o segurado aposentado por idade, exposto exatamente ao mesmo risco social de grave repercussão, não poderia receber aludido acréscimo destinado a suprir a despesa extraordinária, tendo comprometida a suficiência da prestação previdenciária de sua titularidade, o que viola o princípio da dignidade humana.

Em pedido de vistas a Ministra Regina Helena Costa (BRASIL, 2018) inaugura a divergência e vê seu voto prevalecente no STJ, o qual fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, tratamento isonômico e garantia dos direitos sociais previstos respectivamente nos artigos. 1.º, III, 5.º, caput, e 6.º da Constituição da República como abaixo se vê:

Entretanto, após profunda reflexão sobre o tema e detido estudo acerca das espécies de benefícios previdenciários, conclui que a melhor exegese do art. 45 da Lei n. 8.213/91 autoriza o alcance do “auxílio-acompanhante” às demais modalidades de aposentadoria previstas no Regime

Geral de Previdência Social, uma vez comprovadas a invalidez e a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa para atividades cotidianas, tais como higiene ou alimentação. Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, do tratamento isonômico e da garantia dos direitos sociais, previstos, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, caput, e 6º, da Constituição da República, tanto o aposentado por invalidez, quanto o aposentado por idade, tempo de contribuição ou especial, são segurados que podem, igualmente, encontrar-se na condição de inválidos, a ponto de necessitar da assistência permanente de terceiro.

Curioso é ver que não há, para este adicional da aposentadoria por invalidez nenhuma fonte de custeio específica. Ora, para custeá-lo segurado algum da previdência é chamado a contribuir de modo adicional para cobrir este risco específico, por tal razão sua natureza jurídica pende muito mais para benefício assistencial e não previdenciário.

Ademais, fora a questão da discussão sobre natureza desse benefício se previdenciária ou assistencial, sublinhe-se o fato de que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, de 2007, admitida com status de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República e no Brasil promulgada pelo Decreto n. 6.949/09 que no art. 1º, ostenta o propósito de: “[...] promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”, garantindo, ainda, em seus artigos 5º, 1 e 28, 2, e tratamento isonômico e proteção da pessoa com deficiência, inclusive na seara previdenciária<sup>7</sup>. Assim, o Decreto n° 6.949/09 emana uma nova luz sobre a interpretação que deve ser conferida ao referido enunciado, pois a situação de invalidez, ocorrida após a aposentadoria programável, atribui ao indivíduo a condição de pessoa com deficiência. Inadmissível é, portanto, que a lei brasileira estabeleça situação de discriminação entre os próprios portadores de deficiência.

De igual modo, um melhor reparo ao art. 15, inciso I, da Lei 8213/91 se constata que o aposentado não deixa de permanecer sob o amparo da norma previdenciária. Isto porque, de acordo com tal dispositivo legal “Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício”.

Com essas considerações fixa o STJ (BRASIL, 2018) a seguinte tese: “Comprovadas

<sup>7</sup> Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Artigo 5 Igualdade e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.

[...] Artigo 28 Padrão de vida e proteção social adequados

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

[...] e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.”

Ocorre que a questão chega ao supremo. A decisão foi tomada do Recurso Extraordinário (RE) 1221446, cuja repercussão geral fora reconhecida gerando o Tema<sup>8</sup> 1095 da relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Por maioria de votos, entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF) que é impossível a concessão e extensão do “auxílio-acompanhante”<sup>9</sup> para todas as espécies de aposentadoria. Isto porque, segundo o colegiado, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), benefícios e vantagens previdenciárias só podem ser criados ou ampliados por lei.

Em seu voto, o relator ministro Dias Toffoli, afirma ser impossível a extensão do “auxílio-acompanhante” a todos os aposentados que necessitem de ajuda permanente para o desempenho de atividades básicas da vida diária. Afirma ainda, que a jurisprudência consolidada no Supremo, em diversos julgamentos, é de que o Poder Judiciário não pode criar ou ampliar benefícios previdenciários, porque, de acordo com a Constituição Federal, essa prestação social está sujeita à reserva legal.

A razão de decidir foi também fundamentada no equilíbrio financeiro e atuarial que tomou por base a regra de contrapartida<sup>10</sup> a qual estabelece a necessidade de que a criação ou a extensão de benefícios seja precedida da indicação de uma previa fonte de custeio.

E como aqui também estamos tratando de segurança das decisões, decidiu o colegiado modular os efeitos da decisão, de forma a preservar os direitos dos segurados que tenham tido o benefício reconhecido por decisão transitada em julgado até aquela data do julgamento no Supremo. De igual modo, também fez parte da modulação o afastamento da necessidade de devolução dos valores recebidos, já que se tratava de verbas alimentares, irrepetíveis portanto.

#### **4 CRIAÇÃO JUDICIAL DE “DIREITOS” E O CONFLITO DE INTERESSES – PONDERAÇÃO**

Para Marco Túlio Cícero,<sup>11</sup> o Direito é a própria Justiça enquanto que para outros autores, é a segurança jurídica que é a razão do direito. E como os dois conceitos por

<sup>8</sup> Tema 1095 - Constitucionalidade da extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, aos segurados do Regime Geral de Previdência Social que comprovarem a invalidez e a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria.

<sup>9</sup> A tese de repercussão geral fixada: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão de extensão do auxílio da grande invalidez a todas às espécies de aposentadoria”.

<sup>10</sup> Constituição Federal. (ART, 195 § 5º)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

<sup>11</sup> Marco Túlio Cícero (107 a.C. - 43 a.C.) foi um importante filósofo, escritor, advogado e político romano. Foi considerado um dos maiores oradores da Roma antiga.

vezes se confundem e porque, não há dentro da Filosofia do Direito uma consonância sobre o que verdadeiramente seja a justiça, trataremos desta sob dois aspectos: o legal sendo este a Justiça em seu aspecto formal; e a Justiça essência, sendo esta a justiça material. E assim, tentaremos chegar aqui a ideia de segurança jurídica enquanto previsibilidade de decisões do judiciário e justiça como sendo a decisão correta, aceitável diante do contexto em que foi proferida.

E como na sistemática das decisões, o justo e o legal nem sempre estão em sintonia, frequentemente a coalizão dos direitos fundamentais serão consideradas confronto de princípios, e neste caso a solução dos conflitos passa a exigir ponderação. É neste sentido que Alexy (*apud* JÚDICE, 2007) em sua teoria procura dá respostas, defendendo que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, quando colidem é necessária uma solução ponderada em favor de apenas um deles.

Quando o conflito é entre as normas, uma exclui a outra, mas no choque de princípios um dos princípios apenas é afastado no momento da solução, não deixando portanto de existir. É neste cenário por exemplo que alguém estando inválido e necessitando de ajuda permanente de terceiros para sobreviver (princípio da dignidade da pessoa humana) requer um adicional no valor dos seus proventos para custear tal despesa, mas cuja previsão legal prevê tal benesse apenas para os aposentados por invalidez e nenhum outro mais, que mesmo estando aposentado de outro modo esta sujeito à mesma contingencia (princípio da isonomia e da reserva legal).

Ora, consta da nossa Constituição Federal que todos são iguais perante à lei sem qualquer tipo de distinção. Assim, no exemplo acima, a lei que ampara tão somente o aposentado por invalidez que necessite de cuidado de outrem, mas nas mesmas circunstancias exclui outro aposentado por idade, mas que de igual modo tornou-se também inválido, está flagrantemente violando o princípio constitucional da isonomia. E não é para dizer que o princípio da reserva legal e da respectiva fonte de custeio são mais importantes. Não há qualquer hierarquia ou pedestal de importância entre os princípios constitucionais. Até porque, a concessão do adicional independe de contribuição previdenciária direta por parte do segurado e, portanto, seu custeio é financiado por toda a sociedade e pelo poder público, logo absolutamente todos os aposentados devem ter direito. Desse modo, como bem diz Bittencourt (2018, p. 196) “Partindo do risco social envolvido e chegando ainda à interpretação da lei conforme a Constituição e o fim social a que se destina, percebe-se que o regramento infraconstitucional acabou restringindo um direito consagrado pela Carta Maior”.

Assim é que a ponderação e proporcionalidade devem serem utilizados como uma via capaz de impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem, contudo impor uma rigidez excessiva. Seria o caso de verificar, conforme diz (JUDICE, 2007, p. 4), as “consequências jurídicas dos princípios ainda em colisão colocando-os numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto.”

Aliás, em matéria previdenciária, a questão de ponderação de princípios já foi anteriormente enfrentada pelo Supremo como na exclusão da renda *per capita* de um beneficiário da previdência ou assistência para que outro requerente do grupo familiar possa pleitear o Benefício de Prestação Continuada (BPC) como acima já dito. No julgamento RE 589963-PR o Supremo, naquela ocasião declarou a inconstitucionalidade

parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Nesse importante julgado, a Suprema Corte reconheceu a omissão parcial inconstitucional do aludido dispositivo legal, (BRASIL, 2013, p. 3) diante da “inexistência de justificativa plausível para a discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo”. Assim, no caso da extensão do adicional de vinte cinco por cento de a todos os aposentados inválidos, seria como bem salienta Savaris (2016, p. 739), “mutatis mutandis, o caso de dar aplicabilidade à mesma *ratio decidendi* daquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 589963-PR”.

Desse modo, a interpretação restritiva do art. 45 da Lei 8231/91 viola, de uma única vez vários princípios constitucionais e exemplo do princípio da vedação da proteção insuficiente de direito fundamental, além do princípio da isonomia. E de igual modo não viola o princípio da reserva legal (art. 195 § 5º da CF) já aos aposentados por invalidez é devido o adicional mesmo sem o prévio custeamento do acréscimo, de modo que a questão do prévio custeio, não sendo óbice à concessão do adicional aos aposentados por invalidez, também não o deve ser quanto aos demais aposentados, e neste caso Tratar igualmente casos semelhantes é tão imprescindível quanto saber diferenciar casos diversos

## 5 O ATIVISMO JUDICIAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

O Homem é essencialmente um ser inseguro, mas que busca a todo custo segurança, sua própria e do meio em que vive, como um fator essencial para o desenvolvimento. Neste sentido, boa é a lembrança de Von Ihering (2008) quando em A luta pelo Direito afirma que “O objetivo do Direito é a paz.”, e esta apenas pode ser atingida se o Direito garantir a segurança jurídica tanto para a sociedade como para os próprios indivíduos. A segurança jurídica é portanto, um direito fundamental do homem erigido constitucionalmente ao longo da história e conquistado somente após muitos embates travados, mas que uma vez conquistados não podem ser abolidos sob penas de violação do princípio da vedação ao retrocesso.

Já a ideia de Justiça pressupõe uma ligação direta com a lei e o seu cumprimento, sendo a justiça plasmada pela decisão que para ser justa, tem de ser antes de tudo correta, a qual para Habermas (2003 *apud* MENDES 2010) é aquela advinda de um procedimento racional de aplicação do ordenamento jurídico e que passe por um crivo de aceitabilidade racional.

Curioso é que o próprio ordenamento jurídico, para uma só questão oferece mais de uma solução juridicamente possível, o que se constata na frequente existência de decisões diferentes para casos idênticos. Assim, tudo vai depender do intérprete a partir do caso posto e de como aplicar a lei no momento da decisão.

No âmbito do direito previdenciário, a insegurança jurídica é imensa, visto que frequentemente não existe lei aplicável ao caso específico, ou as existentes são vagas o que gera as vezes para pessoas em casos absolutamente idênticos, decisões tão diferentes, como nos *Leading case* acima demonstrados.

Ora não prece razoável e lógico que em causas em que iguais princípios sejam violados, como nos exemplos aqui apontados da renda per capita do Benefício assistencial e da não extensão do adicional do auxílio acompanhante para todos os aposentados inválidos – ambos pautados no princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana – para um seja reconhecido o direito e para o outro não. Não há como garantir a segurança jurídica no âmbito social devido a imensa instabilidade gerada pela decisão que depende do humor do julgador e de como este subjetivamente interpreta certos conceitos validos e justos e outros não.

## 6 CONCLUSÃO

Diante da premência de garantir a proteção dos direitos fundamentais, os quais deveriam ser resguardados pela observância de políticas públicas eficientes, o que se comprova é um judiciário, que pela omissão ou generalidade da lei acaba por criar direitos.

Inegável é o fato de que há uma força vinculante dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, e neste aspecto o juiz proativo surge como um garantidor da proteção jurídica assegurada pelo Estado à efetiva realização dos direitos sobretudo os que promovam a dignidade da pessoa humana.

Frente as demandas sociais relacionadas à questão previdenciária devem-se observar o conjunto dos preceitos constitucionais relativos à proteção social, e não um preceito isolado, de modo a que diante da coalização de princípio constitucionais, a questão possa ser solucionada mediante o uso da ponderação.

Conforme analisado nos casos específicos – do critério da renda per capita para o benefício assistencial e da interpretação restritiva referente ao adicional do auxílio acompanhante para todos os aposentados inválidos– o que comprovamos foi que, apesar de em ambos os casos os princípios constitucionais envolvidos serem exatamente os mesmos, o resultado das duas decisões foram bem diferentes. O entendimento do Supremo em caso previdenciários, frequentemente fundamenta-se no caráter político e econômico das decisões, e embora nas instâncias inferiores o direito seja reconhecido, firmada a tese na suprema corte em sentido contrário, as decisões em cumprimentos são anuladas, o que provoca uma imensa insegurança jurídica.

## REFERENCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**: Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium** - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência**. 2. ed. rev., atual. e ampl., Curitiba: Alteridade, 2018.

BRASIL. **Lei federal 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. [1991]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em 10 jun. 2021.

BRASIL. **Lei federal 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em [https://cmas.jundiai.sp.gov.br/wp-content/uploads/2014/05/Lei-Federal\\_08742\\_Loas\\_consolidada.pdf](https://cmas.jundiai.sp.gov.br/wp-content/uploads/2014/05/Lei-Federal_08742_Loas_consolidada.pdf). Acesso em 10.jun.2021

BRASIL. **Lei federal 10.741, de 1 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm). Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 567.985 Mato Grosso**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília. 18 de março 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447> Acesso em: 01 ago. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 580.963 Paraná**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasileira. 18 de abril 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062> Acesso em: 01 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.720.805 – Rj**. Relatora Ministra. Regina Helena Costa. Brasileira. 12 dez. 2018. Disponível em: ITA (stj.jus.br). <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=178>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico, São Paulo: Saraiva, 2006.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969). Ratificação: 25.09.1992; Promulgação no Brasil: Decreto 678, de 06.11.1992. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>Acesso em: 10 jul. 2021.

CONVENÇÃO Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Promulgada no Brasil: Decreto 6.949, de 25,08,2009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em 01 jun.2021

JÚDICE. Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras.

**Revista Consultor Jurídico**, 02 mar. 2007. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert\\_alexey\\_teorias\\_principios\\_regras](https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras). Acesso em: 20 jun.2021

KENSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional**. Brasília, 2010. 130f. Dissertação (Mestrado)- Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/84>. Acesso em: 25 maio 2021.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo. **Católica Law Review**, v. 3, n. 1, p. 159-182, 1 jan. 2019. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/9113>. Acesso em: 30 mai. 2021

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 6. ed. rev., atual. e ampl., Curitiba: Alteridade, 2016,

SAVARIS, José Antônio. judicialização de políticas públicas e o ajustamento das normas processuais civis às demandas individuais de seguridade social. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1168-1184, set./dez. 2019. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Est-Institu\\_v.5\\_n.3.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Est-Institu_v.5_n.3.pdf). Acesso em: 27 jun.2021.

SCHLICKMANN, Rafaela Borgo Koch; SCHLICKMANN, Flávio. A Efetividade das políticas públicas e ativismo judicial. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v. 7, n. 2, p. 139-150, jul./dez., 2018. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1764>. Acesso em: 16 jun. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572301/mod\\_resource/content/0/Ativismo%20-%20Elival%20-%20pags%20138-225.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572301/mod_resource/content/0/Ativismo%20-%20Elival%20-%20pags%20138-225.pdf). Acesso em: 01 jul. 2023.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da Segurança Jurídica. **Revista doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 14, setembro de 2006. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Humberto\\_Junior.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm). Acesso em: 12 ago. 2021.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo Direito**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

Data de submissão: 13 maio 2023. Data de aprovação: 13 jun. 2023.